

CONAMP

ampem
ASSOCIAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO
DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

Textos do



CONGRESSO NACIONAL
DO MINISTÉRIO PÚBLICO

 *Gomes e Oliveira*
ADVOGADOS E CONTADORES

O Ministério Público como Indutor de Políticas de Segurança Pública – Uma nova Identidade na Atuação Criminal

André Virgílio Belota Seffair*¹

1. Síntese Dogmática

O Ministério Público possui atribuições constitucionais em todas as fases do fluxo de justiça criminal, atuando desde o controle externo das polícias, passando pela ação penal, até a execução da pena, mantendo supervisão sobre todo o sistema de segurança e justiça.

É imperativo, diante de seu extenso rol de atuações na área criminal, que a Instituição participe mais ativamente da elaboração de políticas de segurança pública, pois estas inevitavelmente tendem a afetar o exercício de suas atribuições e seu cotidiano funcional.

A distância mantida pelo Ministério Público na elaboração, planejamento e execução de políticas de segurança pública tem culminado em ineficiência dos gastos públicos, bem como na proliferação de programas de governo demagógicos, produzindo resultados negativos para o próprio sistema de segurança e justiça em médio e longo prazos.

Esta tese discute a necessidade de elaboração de diretrizes institucionais concretas que garantam ao Ministério Público os meios necessários para o exercício de seu protagonismo em programas de segurança pública, passando por estratégias de:

- a) Reestruturação orgânica das promotorias criminais das grandes cidades, abandonando um modelo anacrônico, cujo princípio é a vinculação obrigatória as estruturas do Poder Judiciário, em direção a outro que garanta maior interação com a comunidade, reforçando a identidade da Instituição.
- b) Resgate dos plenos poderes políticos dos membros do Ministério Público.

2. Justificativa

Segurança pública é um tema da mais alta relevância para a sociedade brasileira, sendo um dos mais relevantes dentre todos elementos de prestação de serviços públicos realizados pelo Estado, confundindo-se com a justificação da própria existência deste.

Para Ben Sangari (2012) a segurança pública “está entre as maiores preocupações da sociedade brasileira nos dias atuais”. Para o autor não existe plataforma de governo que não contemple ações no âmbito da segurança. Arrematando que a sociedade, por meio de noticiários, “acompanha diariamente tudo o que diz respeito a essa questão”.

Para Levitt (1997), em *Using Electoral Cycles in Police Hiring to Estimate the Effect of Police on Crime*, “Crime is a major social and economic issue in the United States.” Para Nascimento et al (2012) “Seja em seu caráter individual ou coletivo, a violência sempre foi uma preocupação dos indivíduos”. Acrescentando que “a busca pela paz e a ordem pública permanentes tem sido um desafio constante”.

Para Peixoto, Andrade e Azevedo (2008), o problema da criminalidade é talvez hoje o maior problema social dos grandes centros urbanos brasileiros, o que gera uma demanda por parte da sociedade de medidas intensivas de segurança pública, produzindo um grande número de ações de combate à criminalidade.

A violência, a desordem e a insegurança são maléficas à evolução social. Indivíduos que necessitam gastar constantemente seu tempo elaborando e executando estratégias de ataque e defesa contra seus semelhantes dispõem de menos tempo para investir em cultura, educação, saúde, prosperidade econômica.

É natural, portanto, o objetivo das sociedades modernas em controlar o índice de violência e tentar a diminuição do número de ocorrências das diversas modalidades criminosas, como forma de estabelecer padrões de segurança satisfatórios à manutenção da paz e do bem comum.

Diversos autores pesquisam a análise de políticas de segurança pública, padrões de policiamento e estratégias de aprisionamento no mundo, tais como Jean-Paul Brodeur no Canadá, com o seu célebre *How to Recognize Good Policing* (2001), David Bayley com a obra *Padrões de Policiamento* (2001), e Franklin Zimring e Gordon Hawkins, com *Crime is not the problem – Lethal Violence in America* (1997), nos EUA.

Diversas instituições como o Instituto de Pesquisas Econômicas e Aplicáveis - IPEA, Centro de Estudos de Criminalidade e Segurança Pública – CRISP/UFMG e o Núcleo de Estudo da Violência - NEV/USP têm elaborado estudos relevantes na análise de programas de segurança pública.

Alheio a essa profusão acadêmica, embora tenha se destacado nas últimas duas décadas como protagonista na discussão de políticas sociais na área da saúde e da educação, o Ministério Público Brasileiro, com raras exceções, tem atuado como coadjuvante na execução de políticas na área da segurança pública, limitando-se na esfera penal a atuar individualmente nas diversas fases do fluxo de justiça criminal.

Suas atividades na área criminal quase sempre se resumem a observar o conteúdo de investigações, ofertando denúncias, arquivando investigações, participando de audiências de instrução, elaborando memoriais e recorrendo. Não se observa na área criminal atuação do Ministério Público como indutor de políticas na área da segurança pública.

Este breve estudo objetiva investigar como as políticas públicas na área da segurança são elaboradas no Brasil, bem como analisar os motivos que levaram o Ministério Público a manter-se distante do papel de indutor destas políticas e ações de segurança pública, característica notável e vocação natural da Instituição em outras esferas de políticas públicas.

3. Diagnóstico dos Indutores de Políticas de Segurança Pública no Brasil

O Brasil detém uma posição desconfortável entre os países com os maiores índices oficiais de criminalidade violenta do planeta, subsistindo, diante desses indicadores, questionamentos constantes acerca da legitimidade das instituições responsáveis pelo exercício das atividades de vigiar, julgar e punir.

O paradoxo entre o volume de trabalho suportado pelas instituições responsáveis pelo fluxo de justiça criminal, compreendido como a rotina de procedimentos adotados entre a ocorrência

da infração penal e a execução da condenação do agente infrator, e os resultados obtidos contra a criminalidade violenta fica evidente diante do fato de o Brasil possuir a terceira população carcerária do planeta, com mais 540 mil detentos, segundo dados do DEPEN de abril de 2013, o que representa um número inferior somente aos números norte-americanos e chineses.

Essa assertiva verdadeira demonstra que a aplicação da lei penal, de modo inadvertido, sem a adoção de outras medidas, não contribui, por si só, para a diminuição das taxas de criminalidade violenta, pois o mesmo estado, tão profícuo na elaboração de estratégias de aprisionamento, afigura-se débil diante da missão de ressocializar criminosos.

Alheia a isso, a classe política brasileira imagina que a criminalização de novas condutas, o agravamento das penas existentes e a adoção de maiores rigores processuais constituiriam a tábua mágica de salvação da sociedade contra a violência, adotando a estratégia de elevação do aprisionamento como metodologia comum fundamental das mais variadas políticas de segurança pública no país.

O fenômeno ocorre pelo fato da necessidade das políticas públicas na área da segurança serem formuladas a partir de estratégias agradáveis ao público eleitor, relegando a um plano inferior estratégias baseadas em fundamentos técnicos, elaborados a partir de percepções oriundas das instituições independentes componentes do fluxo de justiça criminal, como o Ministério Público.

A breve história recente do fenômeno democrático no Brasil tem sido prodigiosa em evidenciar exemplos múltiplos de conversão de programas de segurança pública em meios de promoção publicitária de governos diversos. Essa característica provém do fato destas iniciativas serem elaboradas e executadas como mais uma das múltiplas estratégias de alcance e manutenção de poder político, em detrimento da finalidade social a que deveria se destinar.

Vivemos em uma sociedade de frenética profusão de ideias, na qual interesses variados concorrem entre si pela atenção do maior público possível. Não basta despertar a atenção, o interesse a ser patrocinado deve convencer o público, persuadindo o maior número possível de indivíduos na defesa de uma causa, um produto, uma marca. É dessa premissa de agradar ao mercado que derivam as metodologias de elaboração, execução e análise de resultados das políticas de segurança pública no Brasil, privilegiando imediatamente a aprovação popular em detrimento da redução dos números de crimes violentos de modo sustentado em médio e longo prazo.

A natureza exclusivamente política dos programas de segurança pública no Brasil tem alcançado resultados desastrosos em longo prazo, pois, para lograr aprovação popular, as estratégias de policiamento geralmente são desempenhadas mediante dose cavalari de repressão contra grupos de pessoas tidas como “inimigas” da sociedade, geralmente jovens de baixa renda, residentes em periferias urbanas, procedendo a maniqueísta dicotomia entre “cidadãos de bem” e “vagabundos”.

Como resultado mais pernicioso e evidente da estratégia de elevação do aprisionamento adotada pelos programas de segurança pública em geral, com o objetivo de agradar a opinião pública, proliferam múltiplos exemplos de facções criminosas surgidas das entranhas do sistema prisional, facções estas que, de tão fortalecidas pela repetição destas políticas, não mais se limitam aos muros e grades do cárcere, como o Primeiro Comando da Capital, em São Paulo, o Comando Vermelho e a organização criminosa Amigos dos Amigos, no Rio de Janeiro, a Comissão da Paz e a sua facção de Perna em Salvador, o Primeiro Comando

Catarinense, em Florianópolis, a Família do Norte, em Manaus e diversas outras organizações criminosas que espalham suas táticas violentas nas ruas das cidades brasileiras.

O fenômeno não é novo, nem desconhecido pelo Ministério Público Brasileiro. Roberto Porto, nosso colega do Ministério Público Paulista, possui estudos profundos sobre o assunto, sendo o mais eloquente “Crime Organizado e Sistema Prisional”, relatando, de maneira brilhante, o histórico das organizações criminosas nos cárceres brasileiro.

A profusão de políticas públicas de baixa qualidade no Brasil, desprovidas da colaboração de uma instituição independente, desvinculada de interesses político-partidários, como o Ministério Público, vem produzindo um fenômeno ainda mais perigoso, o da migração de organizações criminosas antes restritas a determinadas unidades da federação para outras regiões do país, com a difusão do poder da criminalidade organizada, potencializada pelas transferências de presos de alta periculosidade para diferentes partes do território nacional, migrando junto com eles todas as rotinas e métodos desenvolvidos ao longo dos anos nos estados de origem.

Nessa esteira, observou-se nos últimos cinco anos a agressiva disseminação de células do PCC, antes restritas aos estados de São Paulo e Mato Grosso do Sul para a Regiões Norte e Nordeste, potencializada pela transferência de presos de alta periculosidade para o presídios federais, como o de Mossoró no Rio Grande do Norte, fenômeno este diagnosticado pelo Ministério Público deste Estado e discutido oficialmente em encontro de todos os Ministérios Públicos Estaduais no Conselho Nacional do Ministério Público, em Brasília, no mês de agosto de 2012.

Findo o governo patrono do programa, as estratégias de segurança anteriores são inicialmente arrefecidas e finalmente modificadas, pois o próximo governante geralmente não suporta conviver com a sombra das políticas do antecessor e os números da criminalidade violenta tendem ao recrudescimento, restando ao Ministério Público e ao Judiciário, nas fases avançadas do fluxo, atuar diante de resíduos cada vez mais gravosos, traduzidos na elevação desmedida do número de processos e no aprofundamento da complexidade da violência a enfrentar.

A classe política, principal indutora de programas de segurança no país, cerca-se de instituições cujo controle lhes seja possível, adotando suas polícias como as principais instituições responsáveis pelo planejamento, coordenação e execução de programas na área, sem atentar que nas etapas subseqüentes do fluxo de justiça criminal está o Ministério Público, como titular exclusivo da ação penal pública, instituição permanente e independente da subordinação dos atuais indutores das políticas de segurança, com a missão de trabalhar com os resultados produzidos por essas iniciativas, sejam eles quais forem.

4. Os Obstáculos para a Participação do Ministério Público nas Políticas de Segurança Pública

O Ministério Público Brasileiro não pode, nem deve, permanecer como coadjuvante na elaboração de programas de segurança pública no País, tendo a instituição, na qualidade de representante da sociedade, vocação fundamental para o protagonismo destas iniciativas e papel relevante para o sucesso destas políticas públicas em médio e longo prazo.

A Instituição possui na credencial das prerrogativas de seus membros, como a inamovibilidade, elemento preponderante para a memória de rotinas, experiências e métodos

de atuação, sejam elas positivas ou negativas, o que mitiga a possibilidade do voluntarismo demagógico das iniciativas a qual participa.

Ademais isso, a Instituição possui atribuições constitucionais em todas as fases do fluxo de justiça criminal, atuando deste o controle externo das polícias, passando pela ação penal, até a derradeira execução da pena, mantendo, sob sua unidade, supervisão sobre todo o sistema de segurança e justiça, sendo imperativo, diante de seu extenso rol de atuações na área criminal, maior participação da Instituição na elaboração de políticas de segurança pública, tendentes a afetar, de algum modo, esse sistema.

A distância mantida pelo Ministério Público na elaboração, planejamento e execução de políticas de segurança pública tem culminado em ineficiência dos gastos públicos, bem como na proliferação de programas de governo demagógicos, produzindo resultados negativos para o próprio sistema de segurança e justiça em médio e longo prazo.

É necessário investigar as causas do distanciamento do Ministério Público na elaboração, planejamento e execução de políticas de segurança pública, devendo-se atribuir este fenômeno a determinados fatores, de ordem extrínseca e intrínseca à Instituição.

Como fatores extrínsecos podemos citar a conveniência para os dirigentes políticos em privilegiar instituições sob as quais tenham absoluto controle administrativo e comando hierárquico, sendo mais cômodo que as atividades afetas aos programas de governos sejam assumidas por instituições policiais comandadas pelo patrocinador da política, evitando-se discussões contra as determinações de vontade do governante.

Outro fator extrínseco, não menos relevante, decorrente do primeiro, diz respeito à resistência das instituições policiais em trabalhar ações em conjunto com instituições independentes como o Ministério Público, vislumbrando a aproximação destas como uma verdadeira ameaça ao pretense poder que as polícias imaginam deter em razão de sua maior proximidade com a chefia do poder executivo, fonte material das políticas públicas na área da segurança.

As polícias vislumbram políticas de segurança pública como “seus” programas, depreendendo a presença do Ministério Público como um incômodo a ser evitado. Privilegiam o monopólio de sua atuação como manifestação de um poder que julgam possuir, sem atentar que eventuais distorções na execução dos programas serão corrigidas individualmente, por vezes de modo mais traumático, em etapas mais avançadas do fluxo de justiça criminal, pelo próprio Ministério Público, gerando desconfortos institucionais ainda maiores, confusão desnecessária na população destinatária final das ações e, em última análise, ineficiência dos gastos públicos.

Por último, talvez o fator extrínseco mais relevante seja a ausência da plenitude dos direitos políticos dos membros do Ministério Público, fato que finda por afastar a Instituição do cotidiano das dinâmicas político-administrativas, tornando-a enclausurada em suas próprias ideias e refém indefesa de constantes investidas da classe política de contra seu melhor funcionamento, como ocorreu no caso da famigerada PEC 37.

Sem representatividade política, o Ministério Público findou isolado, distante do convívio com outras instituições e sistemicamente vulnerável, a mercê de interesses pessoais e corporativos de outros agentes, deixando o caminho livre para consolidação da vontade política de outras corporações e segmentos, sem mecanismos hábeis de defender suas posições acerca dos mais variados assuntos.

Como fatores intrínsecos, podemos destacar que a estrutura orgânica das promotorias

criminais no Brasil, em geral, foram concebidas sob o princípio vinculativo de atuação do Ministério Público a um Juízo criminal, a reboque de uma estrutura concebida para atender ao Poder Judiciário, privilegiando, como objetivo exclusivo, o cumprimento das metas estratégicas idealizadas e impostas para o atendimento das necessidades de serviço deste Poder.

Essa concepção ultrapassada tem provocado, principalmente nas grandes cidades, um fenômeno que resolvemos denominar de “medievalização” da atuação criminal do Ministério Público, caracterizado pelo encastelamento da Instituição ao lado do Poder Judiciário no interior dos fóruns de justiça, verdadeiras cidadelas, cada vez mais distantes das comunidades onde estas duas instituições em conjunto ousam pretender pacificar os conflitos decorrentes do fenômeno da violência.

Pretensamente protegido pelos muros das rotinas e abstrações formais característicos dos meios jurídicos, ao compor sua estrutura orgânica sob a vinculação compulsória de uma anacrônica organização do Poder Judiciário, o Ministério Público optou por manter sua atuação na área criminal longe das ruas, distanciando-se gradativamente da realidade da população a quem objetiva proteger os interesses.

A manutenção da atual estrutura orgânica das promotorias criminais vem importando no afastamento do Ministério Público das causas determinantes dos seus próprios problemas, agravando, de modo agudo, o estrangulamento dos meios institucionais para o atendimento de demandas cada vez mais numerosas e complexas.

As promotorias criminais geralmente são compostas por profissionais que enfrentam longas e intensas jornadas de trabalho, vinculados a uma extensa pauta de audiências, além da obrigação de manter “filas” de milhares de processos em dia, encontrando-se as funções criminais do Ministério Público assoberbadas por uma enxurrada de demandas que impedem o profissional de raciocinar e discutir situações outras que não digam respeito ao caráter mecanicista de suas atuais funções, travestindo promotores de Justiça em “profissionais-máquinas”, programados para não raciocinar nada mais nada menos que sobre suas obrigações processuais imediatas.

Habitualmente os promotores da área criminal sequer são consultados dentro da própria Instituição para o planejamento de políticas estruturais afetas a sua esfera de atribuições, sendo constantemente alijados de debates sob o conveniente argumento de que já estão demasiadamente assoberbados por suas atribuições cotidianas.

De fato, o descomunal volume de trabalho finda por se materializar em impeditivo à participação dos promotores criminais em discussões mais relevantes, constituindo, perversamente e ao mesmo tempo, o fator de causa e efeito de diversos problemas enfrentados pelas promotorias criminais no Brasil.

Este cotidiano estrutural manifestamente desfavorável atingiu patamares tão inaceitáveis que o questionamento atual não se limita a responder se os promotores da área criminal habitualmente participam, ou não, de discussões mais profundas na área da segurança pública, mas se estes possuem condições profissionais para tomar parte nestas discussões.

As promotorias cíveis, ao contrário, transitam com peculiar e reconhecida competência na discussão de pautas políticas complexas, como saúde, educação, saneamento básico e outros serviços públicos e privados, inibindo-se em atuar com a mesma desenvoltura em pautas afetas à segurança pública, pela absoluta falta de legitimidade de assim proceder, pois dentro da própria instituição Ministerial encontram-se as promotorias criminais, estruturas orgânicas que diuturnamente lidam com o problema da criminalidade e estariam, portanto, em tese, mais

vocacionadas para fazê-lo.

Como bem recomenda Marcos Rolim, é necessário investigar a origem dos problemas “correnteza acima”, sob pena permanecer lidando, de maneira perpétua e imutável, com questões cada vez mais graves, complexas e numerosas “na parte baixa do rio”.

Ao repetir, de maneira irreflexiva, as rotinas estabelecidas dentro de um sistema disfuncional, cuja característica mais notável é a ineficiência no combate ao fenômeno da violência, os promotores de Justiça da área criminal somente concorrem para o agravamento de seus próprios problemas, consolidando preceitos equivocados de rotinas e métodos de atuação que, em longo prazo, culminarão em efeitos catastróficos para todas as instituições do fluxo de justiça criminal indiscriminadamente.

Não é recomendável que o Ministério Público permaneça inerte e silente a suportar a manutenção de estruturas notadamente disfuncionais para a solução dos problemas a que se propõem, mesmo porque posturas evasivas não representam, e nunca representaram, sua verdadeira vocação e identidade institucional.

É inquestionável que as atuais estruturas, em sua visão mais integral, não têm logrado êxito na missão de promover a verdadeira igualdade no sistema de segurança e justiça, sendo frustrante aos promotores da área testemunhar a consolidação de verdades incômodas, não por falta de empenho pessoal para alteração do quadro, mas por absoluta ineficiência dos meios dispostos para tanto, que historicamente findaram por consolidar a discriminação social e econômica como regra para atores envolvidos no sistema de justiça criminal brasileiro.

A Instituição, portanto, deveria elaborar estratégias concretas que garantissem os meios necessários para o exercício de seu protagonismo em programas de segurança pública, passando pela reestruturação orgânica das promotorias criminais das grandes cidades, abandonando um modelo anacrônico de vinculação obrigatória ao Poder Judiciário em direção a outro que garanta maior interação possível com a comunidade, com objetivo de permitir ao Ministério Público exercer papel efetivo no combate ao fenômeno da violência e promover melhoria qualitativa dos meios da justiça criminal do país.

5. Conclusão

A adoção de programas de segurança pública sem a participação de instituições independentes, desvinculadas da defesa de interesses político-partidários, tem diminuído, de modo considerável, a qualidade dos serviços prestados pelas instituições envolvidas no fluxo de justiça criminal. Tais equívocos induzem na população a falsa ideia de que polícia eficiente é aquela que realiza maior número de prisões e inquéritos, Ministério Público eficiente seria aquele que oferecesse mais denúncias e justiça eficiente aquela que apresentasse maiores índices de condenação, não importando a maneira como isso fosse implementado.

Ocorre que por trás de cada prisão existem pessoas que ao perderem sua liberdade incrementarão os números absolutos de detentos no Brasil. A simples restrição temporária da liberdade dessas pessoas em levadas tem sobrecarregado o sistema penitenciário brasileiro a ponto do próprio Ministro da Justiça, seu responsável maior, haver afirmado recentemente que as prisões brasileiras “são verdadeiras masmorras medievais” que não recuperam ninguém.

Inobstante isso, as políticas públicas na área da segurança no Brasil tem privilegiado o encarceramento como estratégia de dissuasão da prática de outros crimes, mesmo diante de evidências científicas de que tal estratégia não obteve êxito em outros tempos e outros

lugares, mais grave ainda, ciente de que o efeito colateral dessa estratégia importa necessariamente em maior descontrole do sistema prisional.

Por esse tipo de política, indivíduos geralmente jovens com baixíssimo grau de desenvolvimento social e intelectual são jogados no sistema prisional sem nenhum controle ou estratégia de separação para impedir seu contato com criminosos habituais, afigurando-se presas fáceis para recrutamento em facções criminosas.

Num país onde roubar milhões de reais em recursos públicos geralmente não implica em outras consequências jurídicas, senão ainda mais status político e admiração social, indivíduos desprovidos de melhor condição econômica, observam silenciosamente este mau exemplo, se armam e se transformam em “inimigos da sociedade” ao assaltar outros seres humanos ou traficar drogas ilícitas em busca de patrimônio a qualquer custo, sendo punidos exemplarmente e jogados ao cárcere, sujeitos às condições impostas pelas facções criminosas que comandam nossos presídios.

Ao adentrar ao sistema prisional esses indivíduos em formação, ainda sem identidade social e moral definidas, já “inimigos da sociedade” que os produziu, são obrigados a sobreviver diante de adversidades materiais e psicológicas extremas, assumindo de modo definitivo identidades criminosas claramente estabelecidas e determinadas pelas facções que os acolheu.

Não se depreende solução racional possível para estes problemas sem a participação mais efetiva da esfera criminal do Ministério Público nas discussões de planejamento, execução e supervisão de políticas de segurança pública, constituindo o extenso rol de funções desempenhadas pela Instituição no fluxo de justiça criminal, uma vantagem determinante para a melhor implementação de políticas de segurança pública que não pode ser desprezado.

A Instituição precisa, com urgência, ocupar um lugar de maior protagonismo em políticas de segurança, para benefício qualitativo destas e para a criação de mecanismos habituais de interação entre Ministério Público, as demais instituições e a comunidade, destinatária final de todas as ações.

Na elaboração desta tese procurou-se não especular padrões específicos de reestruturação institucional, preferindo limitar-se a uma análise explorativa da necessidade de mudança de paradigma no âmbito do Ministério Público diante dos temas propostos.

Optou-se por tal metodologia, pois diversos de nós, membros do Ministério Público, podemos discordar sobre qual caminho seguir, mas nenhum de nós pode negar a necessidade de implementarmos discussões concretas, objetivando a alteração das estruturas vertentes, sobretudo a imprescindibilidade de mudança de postura institucional diante dos desafios enormes enfrentados pelos promotores de Justiça da área criminal, agentes impotentes diante de um sistema de justiça criminal anacrônico, que frustra os anseios pessoais e profissionais de seus atores, desestabiliza as relações entre as diversas instituições envolvidas e, em última análise, não tem servido de modo eficiente aos fins a que se propõe de pacificar os conflitos decorrentes do fenômeno da violência e da criminalidade.

5. Referências

FERGUSON, Charles H. **O sequestro da América: como as corporações financeiras corromperam os Estados Unidos**; tradução: Alexandre Martins; revisão técnica: Eduardo Sá. – Rio de Janeiro: Zahar, 2013. 383 p.

- GRECO, Rogério. **Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade**. São Paulo: Saraiva. 2011. 486 p.
- LEVITT, Steven D. **Using Electoral Cycles in Police Hiring to Estimate the Effect of Police on Crime**. The American Economic Review, Vol. 87, No. 3, Jun., 1997, pp. 270-290.
- DE LIMA, Roberto Kant; EILBAUM, Lúcia; PIRES, Lenin. **Burocracias, direitos e conflitos: pesquisas comparadas em antropologia do direito**. Rio de Janeiro: Garamond, 2011. 338 p.
- PEIXOTO, Betânia T. e outros. **Prevenção e controle de homicídios: uma avaliação de impacto no brasil**. Belo Horizonte: UFMG/Cedeplar, 2008. 30p.
- NASCIMENTO, Antonio G. e outros. **Diagnóstico da Criminalidade - Relatório Anual 2012**. Manaus: Secretaria de Segurança Pública do Amazonas, 2012. 186 p.
- PORTO, Roberto. **Crime Organizado e Sistema Prisional**. São Paulo: Atlas, 2008. 111 p.
- ROLIM, Marcos. **A síndrome da rainha vermelha: policiamento e segurança pública no século XXI**. Rio de Janeiro: Zahar; Oxford, Inglaterra: University of Oxford, Centre for Brazilian Studies, 2006. 311 p.
- SANGARI, Ben. **Mapa da violência 2012**, em mapadaviolencia.org.br/pdf2012/mapa2012_web.pdf. Acesso em 05.08.2013.
- ¹* Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Amazonas. Professor Especialista de Direito Processual Penal da Universidade do Estado do Amazonas. Mestrando em Segurança Pública, Direitos Humanos e Cidadania da Universidade do Estado do Amazonas.

Síntese Dogmática/Fundamentação

A organização da pauta ou listagem dos processos que serão incluídos na reunião periódica do Tribunal do Júri necessita, além de respeitar a preferência estabelecida em lei, indicar de forma clara e em tempo razoável para os sujeitos do processo penal em geral, aí incluídos os jurados, quais os processos que serão submetidos a julgamento, sob pena de proceder-se a indesejáveis surpresas que contaminem a busca da verdade real.

A referência contida no art. 429, § 1º, do Código de Processo Penal, portanto, deve ser literalmente, entendida como norma regulamentadora de que a listagem dos processos que comporão as sessões de julgamento deve, obrigatoriamente, ser elaborada de maneira prévia, e que, após a data agendada como início da reunião do Tribunal do Júri, não poderão ser mais adicionados, a qualquer título, processos não incluídos em tempo hábil, pois assim procedendo, ficam exauridas, ou pelo menos diminuídas, as possibilidades de preparação técnica ou até mesmo disponibilidade de tempo para desenvolvimento da defesa das teses que serão levadas a plenário.

1. Justificativa

Quando da preparação para uma reunião do Tribunal do Júri os sujeitos envolvidos procedem a uma análise organizacional do tempo e dos esforços que serão empreendidos para o enfrentamento e defesa de suas teses, pelo que surge imperiosa necessidade de indicação e conhecimento, em data com razoável antecedência, de quais processos serão julgados, impondo-se, por conseguinte, que a listagem elaborada não sofra inclusões que culminem por prejudicar tanto os defensores das teses – acusação e defesa – como os jurados que tomaram conhecimento da listagem afixada na porta do edifício do Tribunal do Júri.

Desta forma, impõe-se firmar o entendimento de que, a mencionada listagem, após sua afixação no local de costume, dando pleno e público conhecimento dos processos que serão submetidos a julgamento, não poderá contar inclusão de novos processos.

2. Experiências Forenses e o Texto Legal

O art. 429, do Código de Processo Penal tem a seguinte dicção:

Da Organização da Pauta

Art. 429. Salvo motivo relevante que autorize alteração na ordem dos julgamentos, terão preferência:

I - os acusados presos;

II - dentre os acusados presos, aqueles que estiverem há mais tempo na prisão;

III - em igualdade de condições, os precedentemente pronunciados.

§ 1º Antes do dia designado para o primeiro julgamento da reunião periódica, será afixada na porta do edifício do Tribunal do Júri a lista dos processos a serem julgados, obedecida a ordem prevista no caput deste artigo.

§ 2º O juiz presidente reservará datas na mesma reunião periódica para a inclusão de processo que tiver o julgamento adiado. (NR)

A exegese do enunciado contido no primeiro parágrafo do dispositivo supra não pode ser outra senão a de que, uma vez realizado o primeiro julgamento da reunião periódica, a lista não poderá ter outros processos incluídos.

Conquanto possa se observar salutar objetivo de celeridade processual e atendimento às justas “metas” determinadas pelo Conselho Nacional de Justiça, observamos na práxis forense uma desatenção ao enunciado legal, mas que reclama uma intervenção da doutrina e um posicionamento firme dos que militam na seara do júri, pois uma pauta aleatória e passível de acréscimos a qualquer tempo desestabiliza quem vai militar na reunião periódica, não somente pelo acréscimo de um processo, porém pela inexistência de um novo processo a exigir preparação, tanto técnica como de disponibilidade de tempo.

Sabe-se que múltiplos fatores do cotidiano forense – tanto de agenda de audiências a cumprir, por vogados, como de possibilidades, dentre outras, de tempo hábil para habilitação de assistentes de acusação – podem afetar a sessão de um julgamento agendada às pressas, pelo que o prazo para inclusão de processos em pauta deve ser obedecido com rigor. Aliás, já registramos que “*A listagem dos processos que serão submetidos a julgamento, para conhecimento geral, deve ser afixada à porta do edifício do Tribunal do Júri, (art. 429, parágrafo 1º) antes do dia designado para o primeiro julgamento da reunião*”¹.

A demarcação dos processos que integrarão a reunião é fundamental, sendo que a desobediência tem o condão de inviabilizar qualquer planejamento de trabalho. A doutrina dá tratamento nesse sentido:

*Para viabilizar o julgamento dos processos incluídos na pauta, o parágrafo 1º, do art. 429 do CPP preconiza que “Antes do dia designado para o primeiro julgamento da reunião periódica, será afixada na porta do edifício do Tribunal do Júri a lista dos processos a serem julgados, obedecida a ordem prevista no caput deste artigo.”*²

Deliberando sobre a preparação dos processos que devam ser submetidos à apreciação pelo Tribunal do Júri, podemos captar os dizeres dos seguintes artigos do Códex Instrumental:

Art. 423. Deliberando sobre os requerimentos de provas a serem produzidas ou exibidas no plenário do júri, e adotadas as providências devidas, o juiz presidente:

I - ordenará as diligências necessárias para sanar qualquer nulidade ou esclarecer fato que interesse ao julgamento da causa;

II - fará relatório sucinto do processo, determinando sua inclusão em pauta da reunião do Tribunal do Júri. (NR)

Curial, portanto, que, se em momento tão anterior ao início da reunião, o juiz deva fazer sucinto relatório do processo, determinando sua inclusão em pauta, inclusive deliberando sobre assuntos diversos e determinando o cumprimento de diligências para exibição em plenário,

haja um limite de data para a inserção do processo na pauta, sob pena de prejudicar todo o planejamento.

Art. 424. Quando a lei local de organização judiciária não atribuir ao presidente do Tribunal do Júri o preparo para julgamento, o juiz competente remeter-lhe-á os autos do processo preparado até 5 (cinco) dias antes do sorteio a que se refere o art. 433 deste Código.

Parágrafo único. Deverão ser remetidos, também, os processos preparados até o encerramento da reunião, para a realização de julgamento. (NR)

Antes mesmo que o juiz que for presidir o Tribunal do Júri realize a audiência para o sorteio dos jurados que servirão na reunião ordinária (art. 433), pelo menos cinco dias antes desse evento, já disporá o magistrado de todos os autos devidamente preparados, razão pela qual deverá proceder a listagem para conhecimento das partes envolvidas, sendo essa a conclusão que se extrai da leitura do *caput* transcrito art. 424.

O parágrafo único dessa mesma disposição tem sido, no entanto, involuntariamente, uma fonte para uma errônea interpretação do espírito da lei, pois se valem dele para argumentar que, mesmo com a reunião do Tribunal do Júri em andamento, poderão ser incluídos novos processos para julgamento. Na verdade, a disposição legal não é contraditória, apenas conjuga os enunciados do *caput* e do seu parágrafo único, informando que quando a lei de organização judiciária não atribuir a presidência do Tribunal do Júri ao mesmo magistrado encarregado para o seu preparo, e no curso de uma reunião periódica for encerrado o preparo do processo, haverá a remessa dos autos respectivos para julgamento.

É evidente o juiz encarregado de presidir o Tribunal do Júri é um agente com atuação permanente e que esse julgamento será realizado, porém em outra reunião, posto que a pauta daquela que se desenrola já foi elaborada e dada ciência pública. Os sujeitos processuais – Defensoria e Ministério Público, defesa e acusado, eventuais testemunhas – reclamam tempo para preparação, sendo uma comunicação neste patamar temporal uma afronta ao livre e pleno exercício dos seus direitos e, ao mesmo tempo, um abuso da autoridade judicial que preside o Tribunal do Júri Popular.

Já assinalamos que “*Essa providência busca, desde uma previsão do número de suplentes que deva ser sorteado até os subsídios para formulação de despacho contendo datas do início e provável término da reunião, passando pela formulação da pauta.*”³

Não se argumente que o art. 429, CPP, em seu § 2º, delibere sobre a inclusão de novos processos durante o transcorrer da reunião periódica. Essa reserva prevista no enunciado legal tem a finalidade de atender a processos já pautados, mas que, por qualquer motivo, não foram realizados e tiveram, por isso mesmo, seus julgamentos adiados, sendo, contudo, imperioso assinalar que os envolvidos já estavam preparados para o enfrentamento do processo. Atende ao que a legislação passada se referia como “primeiro dia desimpedido da pauta”, apto para receber uma sessão de julgamento adiada, jamais podendo se confundir com um novo processo.

Uma inserção aleatória e extemporânea de novo processo em pauta do júri, afronta princípios constitucionais que informam o processo penal, como é o caso de afronta ao princípio da publicidade, como assevera a lição de Manzano:

As audiências e demais atos processuais são públicos e qualquer pessoa pode

*examinar os autos, o que significa que a administração da justiça pelo Estado está sujeita à fiscalização popular e que ninguém será julgado por um juiz ou tribunal secreto, evitando, com isso, alguns excessos.*⁴

Em idêntico sentido, Nucci enuncia sobre o princípio da publicidade:

*Encontra previsão constitucional nos arts. 5º, LX, XXXIII, e art. 93, IX, da Constituição Federal. Quer dizer que os atos processuais devem ser realizados publicamente, à vista de quem queira acompanhá-los, sem segredos e sem sigilo. É justamente o que permite o controle social dos atos e decisões do Poder Judiciário.*⁵

3. Considerações Finais

Nada obstante a prerrogativa de presidir o processo, o magistrado não pode proceder sem parâmetros legais e funcionais. A norma insculpida no art. 429, § 1º, do CPP delinea até quando pode ser elaborada a pauta dos processos que serão submetidos à apreciação na reunião do Tribunal do Júri. Outros dispositivos legais convergem para idêntica orientação, além de que a inobservância ao princípio da publicidade fulmina de nulidade a prática abusiva.

Isto posto, merece especial atenção e aplicabilidade o art. 429, §1º, do Código de Processo Penal, cuja temática, embora positivada, não chega a ser acolhido em sua integralidade, o que resulta em conclamação à doutrina e aos que labutam no Tribunal do Júri, para que se proceda a debates sobre o tema e busquem a efetiva observância da norma, preservando-se os protagonistas do júri das conveniências judiciárias buscadas a qualquer custo.

4. Bibliografia

MANZANO, Luís Fernando de Moraes. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo e Execução Penal**. 8. Ed. São Paulo: RT, 2011.

RIBEIRO, Armando Lúcio. **Anotações de Processo Penal**. 2. Ed. Mossoró: Coleção Mossoroense, 2011.

TAVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 7 ed. Salvador: JusPODIVM, 2011.

¹ Armando Lúcio Ribeiro. *Anotações de Processo Penal*, p. 471

² Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar. *Curso de Direito Processual Penal*. P. ?

³ Ob cit. p. 460.

⁴ Luís Fernando de Moraes Manzano. *Curso de Processo Penal*. P. 25

⁵ Guilherme de Souza Nucci. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. P. 91

* 5º Promotor de Justiça de Mossoró/RN e Professor da UERN

Síntese Dogmática/Fundamentação

Os instrumentos e as fórmulas criadas por lei para regulamentação de assunto da seara do direito não existem senão como condição de elementos facilitadores à correta aplicação da ciência do direito que, nada obstante o termo “direito”, *latu sensu*, comporta a observância de um elementar dever, que é a inafastável compreensão de que o processo não existe para inocentar, a qualquer custo, mas para apurar com isenção e sem rotulações principiológicas. A existência de um processo pressupõe que alguém está sendo acusado de responsabilidade por uma conduta infracional, logo a problematização que o instrumento de apuração – processo – deve fazer é se o acusado deve ser condenado, jamais se deve ser absolvido, posto que se essa fosse a problematização a ser lançada, não haveria razão para se instaurar a lide.

De tal forma, o enunciado legal que recomenda seja indagado, genérica e obrigatoriamente, se o jurado absolve o acusado, contido nos art. 482, *caput*, e art. 483, III, do Código de Processo Penal devem ser revogados, por alimentar injustiças e se constituir em desvirtuamento do sistema acusatório nos processos da competência do Tribunal do Júri.

1. Justificativa

Tendo em vista certa complexidade que se observava na elaboração da quesitação das teses defendidas perante o Tribunal do Júri, fez-se uma busca por uma simplificação que, ao mesmo tempo em que imprimisse celeridade, afastasse reclamações e alegações recursais de defeitos na quesitação. Fez-se a modificação, sem, no entanto, atingirem-se resultados coerentes, justos e de conformidade com as necessidades do processo.

Foram desprezados princípios e sistemas processuais sofreram atrofias. O sistema francês que informa nossa persecução penal, de modelo acusatório e que perquire sobre a responsabilidade penal, foi, de forma abrupta vilipendiado, injetando-se-lhe elementos do sistema inglês (culpado ou inocente), que foge às demais normas vigentes. A doutrina clássica, com exceção de alguns expoentes com maior coragem e que sentem o problema, não devota, ainda, a atenção que o caso requer, porém luzes insistentes e eloquentes observam a temática e pugnam por reformas no tratamento legal do assunto.

Em face dessa situação, necessário se faz uma reflexão sobre os objetivos do processo penal que adotamos, com a utilização de institutos consentâneos com o nosso ordenamento, em geral, buscando elementos que melhor exprimam a verdade real do processo.

2. Falta de Adequação do Texto Legal e as Demais Fontes do Direito

O art. 482, do Código de Processo Penal, nos informa:

Art. 482. O Conselho de Sentença será questionado sobre matéria de fato e se o acusado deve ser absolvido. (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)

Parágrafo único. Os quesitos serão redigidos em proposições afirmativas, simples e distintas, de modo que cada um deles possa ser respondido com suficiente clareza e necessária precisão. Na sua elaboração, o presidente levará em conta os termos da pronúncia ou das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação, do interrogatório e das alegações das partes. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008)

O *caput* da disposição já contém uma iniquidade ímpar, posto que pressuponha que toda tese defensiva, necessariamente, deva ser absolutória, o que não combina com o sistema acusatório que adotamos, nem com a nossa práxis, muito menos com a lógica. O parágrafo único, por seu turno, adjetiva as proposições dos quesitos, dentre outras coisas, de simples, mas como assim poderia ser se um único quesito englobando as teses defensivas (que infelizmente é a exegese que está sendo adotada do inciso III, do art. 483, CPP) buscaria do jurado uma resposta “sim” ou “não”, ficando registrada uma perplexidade, posto que o jurado pode querer responder “sim” para uma determinada tese; “não”, para outra distinta. Onde, portanto, a clareza e a precisão que o dispositivo vaticina para a resposta? O dispositivo, ainda, diz que a proposição deve ser distinta, contudo na hipótese em que a defesa sustenta teses defensivas absolutórias variadas, não prima por proposição distinta.

Quesita-se teses defendidas; não possibilidades de resultados, pois isso é maniqueísmo. Conquanto popular o Tribunal do Júri, os debates existem para disposição dos argumentos e proposição das teses, caso contrário o juiz presidente dissolveria o Conselho de Sentença por deficiência da defesa ou do órgão acusador.

A nova disposição, se pretendesse simplificar, poderia atender a sugestão que, com acerto, MOUGENOT propõe:

Assim, se houver um processo penal imputando ao acusado a responsabilidade de determinada conduta criminosa, a pergunta aos jurados sobre o fato principal será uma consequência invariável da acusação: “O acusado é culpado de ter cometido tal fato?” (art. 349, do CPP francês)¹

Continuando a exposição, com maestria, enfoca Mougénot:

O modelo brasileiro é indutor de resposta, se não absolutória, ao menos equívoca, na medida em que os jurados que pretendam condenar o acusado deverão responder negativamente ao quesito proposto positivamente (o réu deve ser absolvido?).

Assim, se a justificativa para a alteração dos quesitos era justamente acabar com a possibilidade de nulidades e colher-se a real intenção dos jurados parece-nos, remanesce o defeito e se induz a uma resposta.²

Experiências repetidas no Tribunal do Júri que vivenciamos, por exemplo, quando acusação e defesa pugnam em um debate de quase duas horas, de forma uníssona, pela desclassificação de uma acusação de homicídio doloso, para uma tese de homicídio culposo, mas que, dado ao quesito genérico de absolvição, que a disposição legal sugere ser obrigatório, os jurados culminaram por absolver o acusado. Outra em que houve a pugna defensiva e da acusação para desqualificar um homicídio, mas que também a “soberania despótica e irresponsável” do Conselho de Sentença absolveu, sem contar outras tantas vezes

em que a tese defensiva baseia-se na negativa de autoria ou participação, e o Conselho de Sentença, negando a tese defensorial técnica, – idêntica com a auto defesa – absolveu o acusado no famigerado, abominável e imponderado terceiro quesito. Quesitou-se o que, mais precisamente? A tese de quem? Parece, mesmo, é que tenha sido idéia de algum adversário do júri, jamais de um dos seus incentivadores que, por isso mesmo, buscam elementos que melhor aproxime o colegiado popular de um sentimento de verdade e de justiça.

Fatos dessa envergadura são narrados por magistrados militantes na seara, como se vê:

Foram quase cinqüenta anos fazendo as mesmas perguntas. A redação dos quesitos no Tribunal do Júri era algo tão consolidado na prática e na tradição que não mais provocava qualquer dúvida ou polêmica. Os magistrados minimamente iniciados na matéria já sabiam elaborar as questões de maneira medular, bastando adaptar o nome dos personagens e as circunstâncias do fato para as exigências de cada caso.

O poeta diria que de repente – não mais que de repente –, o que era claro se fez brumoso. A Lei 11.689/08 alterou consideravelmente o rito dos processos submetidos à competência do Tribunal do Júri, e as inovações incluíram os quesitos. A intenção explícita da reforma, neste ponto, foi a de simplificar a redação e a compreensão das perguntas, evitando os freqüentes mal-entendidos que resultavam em nulidades ou, pior, em resultados teratológicos.

Portanto, é preciso cuidado para simplificar onde é possível, mas sem exageros. O limite continua sendo aquele estabelecido pelos princípios. Quase nada em Direito é simples, e cada inovação legislativa “simplificadora” parece provar isso.³

Uma eloquente experiência de um Promotor de Justiça João Augusto Veras Gadelha – Titular do Tribunal do Júri da Comarca de Cuiabá /MT e Coordenador das Promotorias Criminais da Capital:

Agora, transbordando da seara teórica para a prática, em recente participação de julgamento do Tribunal do Júri, realizado nesta Capital, onde foi levado ao crivo da Corte Popular um homicídio triqualificado em concurso de pessoas (art.121, § 2º, incs. I, III e IV c/c art.29, ambos do CP), terminados os debates, ocasião em que sustentei a acusação nos limites da decisão de pronúncia, enquanto a defesa pleiteou a desqualificação para o executor direto e, quanto ao segundo acusado, sustentou tão-somente a tese da negativa de autoria em concurso.

Pois bem. Durante a votação do questionário, o primeiro acusado foi condenado nos termos da pronúncia, enquanto o segundo, empós reconhecida a materialidade e a existência do crime no primeiro quesito, bem como sua participação no segundo quesito, contraditoriamente, no terceiro quesito genérico, os jurados optaram de forma aleatória pela absolvição, sem que houvesse qualquer outra argumentação, mesmo que antagônica por parte da defesa.⁴

Desta forma é que defendemos a inexigibilidade do quesito obrigatório de defesa. Se for o caso de acolhida da tese absolutória, de negativa de autoria ou de participação, no 2º quesito, não se pode cogitar em formulação, e voto de um 3º quesito, pois restaria prejudicado. Por qual motivo, sendo a tese absolutória a de negativa de autoria, formular-se o terceiro quesito?

3. Confronto com Princípios

Além de sua inadequação na práxis forense mais comprometida com a verdade, a nova proposta de quesitação fere princípios constitucionais os mais diversos, entre eles o da incomunicabilidade dos jurados, da obrigatoriedade de fundamentação das decisões, da igualdade processual, do contraditório e da ampla defesa. Nesse sentido, a proposição de estudiosos no assunto:

Da análise do quesito genérico de absolvição em contraposição com garantias processuais e constitucionais, conclui-se que este não deveria ser aplicado em um regime de incomunicabilidade dos jurados em que não há obrigatoriedade de fundamentação das decisões.

O Ministério Público, sendo ventilada mais de uma tese absolutória, simplesmente, fica sem recurso de mérito, o que fere os princípios da igualdade processual e do contraditório, PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS, situação gravíssima, ainda mais em processo de crimes dolosos contra a vida.

Igualmente, dentro da sistemática recursal e seus princípios, é inegável que há violação, por consequência, do princípio do DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO, no que diz respeito ao conhecimento da irresignação, pois estará sendo admitida a soberania “absoluta” do júri, em primeiro e único julgamento, algo que é refutado por toda doutrina e jurisprudência, com base no bom senso e princípio de Justiça.⁵

Mais adiante arremata, categórico:

Entretanto, cabe a interpretação da lei ordinária em conformidade com a Constituição. E, sabidamente, a lei infraconstitucional não pode ferir norma prevista e consagrada na Lei Maior, sob pena de ser considerada viciada e, por isso, INCONSTITUCIONAL.

Fere a incomunicabilidade, pela suposição da adoção do sistema inglês, em que há troca de impressão entre os jurados de modo a que possa ser decidido por um viés diverso das teses apresentadas e defendidas em plenário; fere a obrigatoriedade de fundamentação das decisões, posto que embora soberano o Júri, força é convir que somente assiste essa qualidade aquilo que for justo e fundamentado - o contrário é tirania; fere a igualdade processual pois os postulados defendidos pelo Ministério Público são quesitados separadamente, e somente quesita-se a pretensão deduzida, enquanto que a proposta legislativa doa e obriga quesitos que, em tese, podem muito bem favorecer à defesa.

Fere o contraditório, sim, uma vez que ao Ministério Público não é possibilitado saber o que a consciência do jurado optou, quando for o caso de sustentação, pela defesa, de mais de uma tese absolutória, e nem mesmo teria se preparado para contrapor-se a argumento absolutório quando a defesa negasse o fato ou a autoria ou participação. Contraditório é a oportunidade de uma das partes opor-se àquilo que for alegado pela parte adversa. Fere o duplo grau de jurisdição, posto que nem mesmo os julgadores da instância superior poderão deliberar porque houve uma decisão a merecer reforma, não sabendo o que os jurados acolheram ou até mesmo negaram.

Pode acontecer que o jurado negando o genérico e imponderável 3º quesito também prejudique e fira a ampla defesa. Supondo-se que a defesa sustente duas teses absolutórias,

por exemplo, legítima defesa própria e estado de necessidade, e que grupos de cinco jurados diferentes concordem com cada uma dessas teses defensivas. Dois jurados não concordam com a primeira tese e outros dois diferentes não concordam com a segunda tese. Votando com rigor, dois negariam a legítima defesa e outros dois negariam o estado de necessidade, e absolvição que ambas as teses apresentariam por cinco votos a dois se transmudaria para uma condenação com quatro votos não.

Com tal sorte (ou azar) que estaremos aí diante de maioria falsa. A maioria aparente, ou falsa, dá-se quando, acolhendo teses distintas, o resultado da soma dos votos dos jurados divergirem do resultado que teria, caso as teses fossem votadas separadamente.

Tem havido preocupação e comprometimento com o estudo da matéria, senão vejamos:

Assim, no momento em que, pela nova forma de quesitação, torna-se impossível aferir com a total e límpida clareza qual a decisão dos jurados, há flagrante violação ao princípio do juiz natural e, em face disso, à soberania dos veredictos. Dupla violação, pois constituem dois importantes princípios constitucionais.

Ao ser adotado pelo legislador o sistema “absolve ou condena”, oriundo dos Estados Unidos da América e Inglaterra, mas PELA METADE (ou nem isso!), juntando com um sistema que é totalmente diferente como o brasileiro, oriundo do sistema francês, há verdadeira aberração jurídica, uma instituição multifacetada, que perderá a identidade, já que NÃO HAVERÁ COMUNICAÇÃO ENTRE OS JURADOS POR IMPEDIMENTO EXPRESSO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988.

Isso é que o legislador deveria ter em mente: não poderia alterar um ponto-chave do júri brasileiro pela metade, pois isso arranha, toca em matéria estritamente CONSTITUCIONAL. [6](#)

O Ministério Público do Estado do Tocantins, por um dos seus membros, o Promotor de Justiça Diego Nardo, com atuação no Tribunal do Júri da Comarca de Araguaína, nos brinda com uma abordagem em um artigo jurídico de fôlego em que aborda com o título “NOVA QUESITAÇÃO NO TRIBUNAL DO JÚRI: A INSTITUCIONALIZAÇÃO DO SENSACIONALISMO VISANDO ABSOLVIÇÕES POR DÓ” e, resumidamente anota:

A reforma do processo penal de 2008 trouxe inovações dignas de aplauso. Entretanto, uma delas é preocupante por dar espaço decisões no tribunal do júri inaptas a gerar a pacificação social, uma vez que podem gerar absolvições sem causa jurídica aparente.

Com efeito, dentre as alterações no Código de Processo Penal, uma delas determina que aos jurados seja feita a pergunta: “o jurado absolve o acusado?”, mesmo após ter o conselho de sentença reconhecido a materialidade a autoria delitiva.

Ao final conclui:

Diante do exposto, acreditamos haver inconstitucionalidade do artigo 483, III, e §2º, do Código de Processo Penal. A interpretação conforme indica que caso se faça uma pergunta para cada tese, não advirá mácula, como: “o jurado absolve o réu por legítima defesa?”. [7](#)

4. Considerações Finais

É indevida a inserção na série de quesitos apresentada ao Conselho de Sentença, de um quesito genérico indagando se o jurado absolve o acusado: seja por que a tese defensiva pode se constituir em negativa de autoria ou participação, o que é objeto de quesito próprio; seja também por motivo da tese defensiva ser desclassificatória, por reconhecimento de causa especial de diminuição de pena ou, simplesmente, visando a desqualificação; seja, afinal, pela utilização de teses defensivas diversas que necessitam de quesitos autônomos para verificação correta da intenção do jurado em acolher ou não a tese sustentada.

É frustrante a tentativa de criação de um sistema híbrido entre o francês e o inglês. Este último, quando indaga “culpado” ou “inocente” tem cédulas próprias, diferentes do nosso “sim” ou “não”.

A Lei não pode subtrair a atuação do juiz presidente do Tribunal do Júri para que seja consentânea com a elaboração de quesitos de acordo com as teses desenvolvidas em cada sessão de julgamento, razão por que merece ser revogado o artigo 482 *caput*, CPP, ou que deixe de exibir o seu parágrafo único, que passa a ser o *caput* da disposição normativa.

5. Bibliografia

- BONFIM, Edilson Mougén. **Curso de Processo Penal**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- www.tjrs.jus.br/.../tribunal.../Aspectos_Praticos_Mauricio_Ramires, acessado em 21.8.2013.
- www.mp.mt.gov.br/download.php Quesitação genérica de absolvição. João Augusto Veras Gadelha, acessado em 22.8.2013
- www.confrariadojuri.com.br/artigos/artigodiegonardo.pdf, acessado em 22.8.2013.
- www.conteudojuridico.com.br - Eduardo Prado Silva - QUESITAÇÃO NO TRIBUNAL DO JURI: da inadequação da norma do inciso III do artigo 483 do Código de Processo Penal ao modelo atual de questionário no tribunal do júri brasileiro, acesso em 24.8.2013.
- ¹ Edilson Mougén Bonfim. **Curso de Processo Penal**. p. 541.
- ² Idem, idem, idem.
- ³ www.tjrs.jus.br/.../tribunal.../Aspectos_Praticos_Mauricio_Ramires, acessado em 21.8.2013.
- ⁴ www.mp.mt.gov.br/download.php Quesitação genérica de absolvição. João Augusto Veras Gadelha acessado em 22.8.2013
- ⁵ WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR - Eduardo Prado Silva - QUESITAÇÃO NO TRIBUNAL DO JURI: da inadequação da norma do inciso III do artigo 483 do Código de Processo Penal ao modelo atual de questionário no tribunal do júri brasileiro, acesso em 24.8.2013
- ⁶ GOMES, Márcio Schlee. *Inconstitucionalidade da quesitação na reforma do júri. Arts. 482 e 483 da Lei nº 11.689/08. JUS Navigandi, 18 de agosto de 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11616>. Acesso em: 10 set. 2009, apud WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR - Eduardo Prado Silva - QUESITAÇÃO NO TRIBUNAL DO JURI: da inadequação da norma do inciso III do artigo 483 do Código de Processo Penal ao modelo atual de questionário no tribunal do júri brasileiro, acesso em 24.8.2013*
- ⁷ www.confrariadojuri.com.br/artigos/artigodiegonardo.pdf
- * 5º Promotor de Justiça de Mossoró/RN e Professor da UERN

Síntese Dogmática/Fundamentação

Os debates, que são a essência do Tribunal do Júri, necessitam fundamentar-se em elementos do processo que, por seu turno, não podem ser omitidos ao Conselho de Sentença. A referência à pronúncia ou decisões posteriores não pode ser entendida como causa de nulidade, mormente por estar a parte contrária presente – podendo, portanto, exercer o contraditório – e o jurado dispor de cópia da decisão referida. Inexistência de prejuízo a ensejar nulidade, pelo que o enunciado legal contido no art. 478, I, do Código de Processo Penal deve ser revogado, por se constituir em verdadeiro cerceamento de argumentação das partes no júri.

1. Justificativa

No processo dos crimes da competência do Tribunal do Júri, por ocasião dos debates, as partes repassam para os jurados suas teses de conformidade com a análise e o estudo das peças do processo, aí incluídas a decisão de pronúncia e/ou outras decisões posteriores com o mesmo significado, pelo que não pode gerar qualquer nulidade a referência a essas peças, pelo contrário, é a demonstração e indicação da peça em que se funda a tese.

Não se pode desconsiderar que o diploma processual penal regulamenta que o jurado deva receber, obrigatoriamente, cópias das sobreditas decisões e, também, que estando a parte adversa presente e apta, portanto, a contraditar o argumento de quem faz referência ao conteúdo do processo, o legislador não pode, gratuitamente, eleger nulidades que, na verdade, significam inconcebível cerceamento de argumentação das partes.

Assim sendo, impõe-se a necessidade de revogação do enunciado legal que, ao invés de instrumentalizar o processo, procede a uma indevida manipulação nos argumentos das partes atuantes no Tribunal do Júri.

2. O Texto Legal e sua Contradição com Outro Dispositivo

O art. 478, do Código de Processo Penal, assim pontua:

Art. 478. Durante os debates as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências:

I - à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado;

II - ao silêncio do acusado ou à ausência de interrogatório por falta de requerimento, em seu prejuízo. (NR)

As novas disposições contidas neste dispositivo, como em qualquer outro, estarão sujeitas ao crivo da práxis forense, e somente o tempo dirá do seu acerto. A nova estipulação varia da assaz iniquidade até o inexorável julgamento da lógica e da combinação do que se pretende imprimir, em comparação com outros novéis dispositivos.

Tamanha é a incongruência que a doutrina já principia uma crítica áspera, no sentido de que:

Dum cotejo desse dispositivo com o Pacto Político brasileiro, de 5 de outubro de 1988, ressurgir irrefragável sua inconstitucionalidade frente à mitigação do direito à liberdade de expressão das partes litigantes, aos princípios inerentes ao estado democrático de Direito e à própria “ratio essendi” do Tribunal do Júri.¹

Mais adiante enfatiza o ilustre Membro do Ministério Público mato-grossense: “como se vê, o legislador ordinário, fazendo *tabula rasa* do texto constitucional, limitou indevidamente a amplitude da discussão da causa entre as partes litigantes”.²

O art. 472 estipula:

Art. 472. Formado o Conselho de Sentença, o presidente, levantando-se, e, com ele, todos os presentes, fará aos jurados a seguinte exortação:

Em nome da lei, concito-vos a examinar esta causa com imparcialidade e a proferir a vossa decisão de acordo com a vossa consciência e os ditames da justiça.

Os jurados, nominalmente chamados pelo presidente, responderão:

Assim o prometo.

Parágrafo único. O jurado, em seguida, receberá cópias da pronúncia ou, se for o caso, das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação e do relatório do processo. (NR)

A reforma operada pela Lei 11.689/2008 reveste-se de uma contradição no respeitante aos dois dispositivos referidos. Aliás, já registramos que:

Ora, se a elogiada iniciativa do parágrafo único do art. 472 torna obrigatória a extração de cópias da pronúncia e das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação e sua entrega aos jurados, como vedar às partes fazer referências ao mesmo conteúdo? Qual o sentido de vedar uma argumentação oral, pelos debatedores, se os jurados dispõem dessa mesma informação? Há uma gritante contradição entre as duas disposições, que somente o tempo se encarregará de desfazer, sendo nosso entendimento de que seja extirpada a vedação do art. 478. Aliás, o dispositivo seguinte restringe a vedação de leitura em plenário apenas de documento que não tiver sido juntado aos autos com antecedência mínima de três dias úteis, e o documento a que o art. 478 veda a referência, por óbvio, de documento que já se encontra no processo há bem mais tempo, não causando, portanto, nenhum impacto ou surpresa naquela outra parte que dele não pretender fazer referência.³

Até o magistrado Nucci faz a ponderação no sentido de que “se a decisão estiver constituída de maneira isenta, nenhum problema pode haver na sua leitura e utilização, como argumento, aos jurados”⁴. Ao final do tratamento da questão, o doutrinador assinala:

A impressão que nos causa, buscando tutelar a inteligência alheia, no caso dos jurados, tornando determinados temas proibidos, é negativa.

Impor tão espetacular restrição à acusação e à defesa, emudecendo o ponto argumentativo do debatedor no plenário do júri, não combina com um processo democrático, esclarecedor e pautado na busca da verdade real, que é o processo penal.

Qualquer das partes pode necessitar apoio da referência a essa peça processual, cuja original essência é de ser lavrada em termos sóbrios e comedidos, sendo até paradoxal que se inquine de nulidade uma menção a uma peça que, taxativamente, deve estar contida no processo.

Alguns poucos doutrinadores não chegam a fazer referência a tema tão importante quando o assunto é o debate no júri, porém os inúmeros que o enfrentam têm robustos argumentos, que são levados, por exemplo, à titulação do assunto como “A duvidosa constitucionalidade do art. 478: fonte de nulidades”, como é o caso de Edilson Mougenot Bonfim, de cujo tratamento da matéria destacou:

Faltou “legisprudência” ao legislador. A redação do art. 478 do CPP, por voluntariosa que seja, acaba por promover grande confusão processual a ensejar as mais disparatadas e variadas situações fomentadoras de nulidades. Como, pois, não se fazer referência à decisão de pronúncia ou decisões posteriores, como “argumento de autoridade”, se é ela, em última hipótese, o ato jurisdicional responsável – por isso, com manifesta “autoridade” – e inaugural da fase do “judicium causae” no solene momento do julgamento?⁵

De sua parte, Denilson Feitoza, do alto do seu magistério preleciona que “não haveria mesmo porque vedar a referência à pronúncia, e arremata:

Assim, realmente, violaria o princípio do devido processo legal que as partes não pudessem fazer-lhes referências, no mínimo para esclarecer exatamente em que consiste a acusação (para o que a denúncia ou a queixa não são suficientes, tendo em vista o teor da pronúncia.⁶

De se concluir, logicamente, que não faz sentido um dispositivo (art. 472, parágrafo único, CPP) informar que o jurado “receberá cópias da pronúncia...” e outro (art. 478, I, CPP) erigir a referência que o debatedor faça ao mesmo documento à condição de geradora de nulidade.

3. Inocorrência de Nulidade

Como já observado, longe de resultar prejuízo para o processo, as referências que os debatedores façam à pronúncia ou às decisões posteriores, enriquecem o debate, contribuindo, verdadeiramente, para o deslinde da questão. Ao contrário, prejuízo resulta é da proibição das referências que o texto legal, indevidamente, elenca.

Dúvida não resta que o princípio do prejuízo ou da instrumentalidade das formas orienta o nosso sistema processual, quando estipula no art. 563, CPP:

Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

No insuperável magistério de Frederico Marques temos o amparo:

*Se o ato processual deve ser praticado segundo as formas legais, menos certo não é, por outro lado, que não podem as normas processuais subordinar-se, neste caso, aos princípios de um formalismo hipertrofiado e rígido que ponha em segundo plano o conteúdo e finalidade do ato a ser praticado para dar excessivo realce ao respectivo *modus faciendi*.*⁷

Como já nos expressamos em “Anotações de Processo Penal”⁸, é a consagração do princípio “*pás de nullité sans grief*”, pelo qual não existe nulidade desde que, da preterição da forma legal, não haja resultado prejuízo para uma das partes.

Estabelecido, por conseguinte, que “o princípio da instrumentalidade das formas não deve ser aplicado apenas às hipóteses de nulidade relativa, mas também às absolutas”⁹, a disposição contida no art. 478 não tem como manter-se, valendo mesmo dizer dela um instrumento que prestigia a presunção e a prepotência.

No mesmo sentido é o ensinamento de Manzano, para quem “poder-se-ia argumentar que a expressão contida em lei ‘*sob pena de nulidade*’ é inócua e, pois, que a lei estaria a contemplar palavras inúteis”¹⁰.

4. Considerações Finais

A argumentação das partes, em plenário, é dirigida para a compreensão de juízes leigos e, de outra forma, é atentar contra a soberania do Tribunal do Júri, obstruir-lhe o conhecimento de qualquer informação contida nas peças que compõem o processo. O esclarecedor debate é realizado por profissionais capacitados (se assim não forem o Juiz-Presidente pode e deve dissolver o Conselho de Sentença), de modo que quaisquer obtemperações indevidas podem vir a ser objeto de contestação, sendo que a nova processualística contempla até o chamado “aparte técnico” (art. 480, *caput*, CPP).

Ora, as normas regulamentadoras do Tribunal do Júri já prevêm que quando um orador abusa dos argumentos e proferem inverdades, tanto a parte adversa poderá opor-se, em homenagem ao princípio do contraditório, como o próprio Juiz-Presidente poderá retificar ou proceder à ponderação de argumentos que forem indevidos.

Se for o caso, por exemplo, de um acusador argumentar que o acusado merece ser condenado pelo fato de já ter sido pronunciado, é evidente que o defensor vai contra argumentar que a pronúncia é somente um juízo de admissibilidade. Por outro lado, na hipótese da defesa ponderar que o seu constituinte deve ser absolvido por que na pronúncia o magistrado mencionou que a prisão preventiva não se fazia necessário, é perfeitamente previsível que o órgão ministerial ou seu assistente rebata com o argumento de que o momento processual atualmente não comporta a antiga previsão de “prisão por pronúncia”, ou outros argumentos que entender necessários e cabíveis na espécie.

Por tais considerações, merece ser revogado o art. 478, I, do Código de Processo Penal, uma vez que ao mesmo tempo em que proíbe e amordaça o debatedor no plenário do júri, erige em nulidade um comportamento que deve ser tido como absolutamente lícito.

5. Bibliografia

- BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- FEITOZA, Denilson, **Direito Processual Penal, Teoria, Crítica e Práxis**. 6ª Ed. Revista, ampliada e atualizada, Niterói: Impetus, 2009.
- GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil*. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MANZANO, Luís Fernando de Moraes. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2010.
- MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**, vol. II. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965.
- NOVAIS, César Danilo de. **Cadernos do Júri**. Org. João Batista de Almeida, Cuiabá: FESMP, 2008.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo e Execução Penal**. 8 ed. São Paulo: RT, 2011.
- RIBEIRO, Armando Lúcio. **Anotações de Processo Penal**. 2. Ed. Mossoró: Coleção Mossoroense, 2011.

[1](#) César Danilo Ribeiro de Novais, *Cadernos do Júri*. p. 14.

[2](#) Ob cit. p. 18.

[3](#) Armando Lúcio Ribeiro, *Anotações de Processo Penal*, p. 508.

[4](#) Guilherme de Souza Nucci, *Manual de Processo Penal e Execução Penal*, p. 794.

[5](#) Edilson Mougnot Bonfim, *Curso de Processo Penal*, p. 530.

[6](#) Denilson Feitoza, *Direito Processual Penal*, p. 540.

[7](#) José Frederico Marques, *Elementos de Direito Processual Penal*, págs. 397-398.

[8](#) Ob. Cit. p. 588.

[9](#) Marcus Vinicius Rios Gonçalves, *Novo curso de direito processual civil*, p. 259.

[10](#) . Luís Fernando de Moraes Manzano, *Curso de Processo Penal*, p. 641.

* 5º Promotor de Justiça de Mossoró/RN e Professor da UERN

** 16ª Promotora de Justiça de Mossoró/RN

A suspensão da CNH ou a proibição de obter a permissão ou a habilitação, declarada em decisão judicial enseja a configuração do delito previsto no artigo 307, do Código de Trânsito Brasileiro.

*Carla Moretto Maccarini**

Exposição

Percebendo a discrepância de entendimento dos operadores na aplicação do artigo 307, do Código de Trânsito Brasileiro, após aprofundada análise se chega à congruente interpretação sistemático-legislativa da impossibilidade da configuração do crime com a mera decisão de suspensão da CNH emanada da autoridade administrativa.

Fundamentação:

O delito do artigo 307, do CTB somente se configura ante a suspensão da CNH ou a proibição de se obter a permissão ou a habilitação declarada em decisão judicial, seja ela sentença penal condenatória, decisão homologatória de transação penal (artigo 76, da Lei nº 9099/95) ou decisão declarando a suspensão preventiva ou cautelar da CNH ou a proibição de sua obtenção (artigo 294, do CTB).

Art. 307. Violar a suspensão ou a proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor imposta com fundamento neste Código:

Penas - detenção, de seis meses a um ano e multa, com nova imposição adicional de idêntico prazo de suspensão ou de proibição.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre o condenado que deixa de entregar, no prazo estabelecido no § 1º do art. 293, a Permissão para Dirigir ou a Carteira de Habilitação.

Com efeito, o art. 307 possui dois núcleos do tipo, que consistem em violar a suspensão para dirigir veículo automotor e violar a proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Como cediço, a suspensão da CNH pode ser aplicada tanto pela autoridade administrativa, quanto pela autoridade judicial, ao passo que a proibição de obter, somente emana de ordem judicial, tal como se infere do rol taxativo de penalidades administrativas constantes no artigo 256, do CTB, “in verbis”:

Art. 256. A autoridade de trânsito, na esfera das competências estabelecidas neste Código e dentro de sua circunscrição, deverá aplicar, às infrações nele previstas, as seguintes penalidades:

- I - advertência por escrito;
- II - multa;
- III - suspensão do direito de dirigir;
- IV - apreensão do veículo;
- V - cassação da Carteira Nacional de Habilitação;
- VI - cassação da Permissão para Dirigir;
- VII - frequência obrigatória em curso de reciclagem.

No artigo 307, da Lei nº 9.503/97, segundo este entendimento, se extrai que a suspensão se refere àquela emanada de ordem judicial, prevista no preceito secundário dos delitos mais graves do referido diploma legal, ao lado da proibição de obter. Eis os crimes que aplicam como sanção a suspensão da CNH:

- 01. homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. 302);
- 02. lesão corporal culposa na direção de veículo automotor (art. 303);
- 03. dirigir alcoolizado ou sob a influência de substância psicoativa (art. 306) e;
- 04. participação em corridas, disputas ou competições sem autorização (art. 308).

Isto porque o parágrafo único do referido artigo dispõe: “Nas mesmas penas incorre o condenado que deixa de entregar, no prazo estabelecido no § 1º do art. 293, a Permissão para Dirigir ou a Carteira de Habilitação.”

A expressão condenado constitui indicativo de que o *caput* do artigo em estudo se refere apenas à violação da suspensão judicial.

Ademais, ao remeter ao art. 293, § 1º, do referido diploma legal, tal conclusão se robustece, pois este dispositivo disciplina, *in verbis*: “Transitada em julgado a sentença condenatória, o réu será intimado a entregar à autoridade judiciária, em quarenta e oito horas, a Permissão para Dirigir ou a Carteira de Habilitação.”

Além destes casos, há a possibilidade de a suspensão ou a proibição de obter a CNH ser determinada judicialmente na transação penal, ou cautelarmente, tal como o permissivo do artigo 294, do CTB.

Em sintonia com tal conclusão interpretativa, aparece a comparação da redação do referido tipo penal com o art. 309, do Código Brasileiro de Trânsito, na sequência reproduzido:

Art. 309. Dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida Permissão para Dirigir ou Habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, gerando perigo de dano:

Penas - detenção, de seis meses a um ano, ou multa.

No art. 307, do CTB, basta a violação da suspensão do direito de dirigir imposta para que se configure o delito. Diferentemente, no art. 309, do referido diploma legal, para que se configure o crime de dirigir veículo automotor com o direito de dirigir cassado, faz-se necessária a ocorrência de perigo de dano.

Por certo a penalidade administrativa de cassação da CNH é mais gravosa que a penalidade administrativa de suspensão do direito de dirigir, segundo se infere da leitura dos artigos 263 e 261, do CTB:

Art. 261. A penalidade de suspensão do direito de dirigir será aplicada, nos casos previstos neste Código, pelo prazo mínimo de um mês até o máximo de um ano e, no caso de reincidência no período de doze meses, pelo prazo mínimo de seis meses até o

máximo de dois anos, segundo critérios estabelecidos pelo CONTRAN.

§ 1º Além dos casos previstos em outros artigos deste Código e excetuados aqueles especificados no art. 263, a suspensão do direito de dirigir será aplicada quando o infrator atingir, no período de 12 (doze) meses, a contagem de 20 (vinte) pontos, conforme pontuação indicada no art. 259.

§ 2º Quando ocorrer a suspensão do direito de dirigir, a Carteira Nacional de Habilitação será devolvida a seu titular imediatamente após cumprida a penalidade e o curso de reciclagem.

§ 3º A imposição da penalidade de suspensão do direito de dirigir elimina os 20 (vinte) pontos computados para fins de contagem subsequente.

Art. 263. A cassação do documento de habilitação dar-se-á:

I - quando, suspenso o direito de dirigir, o infrator conduzir qualquer veículo;

II - no caso de reincidência, no prazo de doze meses, das infrações previstas no inciso III do art. 162 e nos arts. 163, 164, 165, 173, 174 e 175

III - quando condenado judicialmente por delito de trânsito, observado o disposto no art. 160.

§ 1º Constatada, em processo administrativo, a irregularidade na expedição do documento de habilitação, a autoridade expedidora promoverá o seu cancelamento.

§ 2º Decorridos dois anos da cassação da Carteira Nacional de Habilitação, o infrator poderá requerer sua reabilitação, submetendo-se a todos os exames necessários à habilitação, na forma estabelecida pelo CONTRAN.

A análise conjunta do preceito secundário do art. 307 e do art. 309, impõe a conclusão segundo a qual a sanção do art. 307 é mais gravosa, uma vez que prevê pena de detenção, de 06 (seis) meses a 01 (um) ano, e multa, com nova imposição de idêntico prazo de suspensão ou de proibição, ao passo que a pena do artigo 309 é de detenção, de 06 (seis) meses a 01 (um) ano, ou multa.

Destarte, extraio a conclusão no sentido de que não seria razoável entender que o mero descumprimento de penalidade administrativa menos grave - consistente na suspensão do direito de dirigir - acarretaria a necessária incidência do delito previsto no art. 307, da Lei nº 9.503/97; ao passo que o descumprimento de penalidade administrativa mais gravosa, qual seja, a cassação da CNH, somente ocasionaria subsunção ao tipo penal do art. 309, caso o condutor viesse a gerar perigo de dano.

Isto porque, para a configuração do delito previsto no art. 309, não basta o simples fato de dirigir o veículo automotor sem permissão ou habilitação legal para dirigir ou cassado o direito de dirigir, sendo ainda necessário que a conduta gere perigo de dano, vale dizer, direção anormal (fazendo ziguezague; *“fechando outros veículos”*; invadindo cruzamentos, calçadas, faixa de pedestres; avançando o sinal vermelho; fazendo ultrapassagem proibida; transitando na contramão de direção, etc.).

Inexistindo condução anormal, não há se falar em crime, configurando a conduta tão-somente infração administrativa.

Assim, observo que, ao interpretar que a suspensão prevista no art. 307 abrange a suspensão decorrente de decisão administrativa, representa conceder aval a enorme

incongruência jurídica, haja vista que, em considerando que o simples fato de o condutor ser flagrado dirigindo com a CNH suspensa administrativamente, configurar o crime tipificado no art. 307, que não exige o perigo de dano, revela situação bem mais gravosa daquela do condutor cassado em seu direito de dirigir (infração administrativa mais grave), que necessita do especial fim de agir – gerando perigo de dano - para operar a tipificação no art. 309, Código Brasileiro de Trânsito.

Por conseguinte, a interpretação sistemática de ambos os dispositivos legais leva à conclusão segundo a qual somente a violação da suspensão do direito de dirigir, caso tenha sido imposta por autoridade judicial enseja a tipificação no art. 307, da Lei nº 9.503/97.

Em se tratando de suspensão administrativa, a interpretação mais adequada é aquela que se inclina pela atipicidade da conduta no âmbito penal, com o enquadramento na sanção administrativa do art. 162, inciso II, da Lei nº 9.503/97.

Por outro lado, segundo já destacado, a suspensão do direito de dirigir já é sancionada na seara administrativa, nos termos do art. 162, inciso II, do Código Brasileiro de Trânsito:

Art. 162. Dirigir veículo:

(...)

II - com Carteira Nacional de Habilitação ou Permissão para Dirigir cassada ou com suspensão do direito de dirigir:

Infração - gravíssima;

Penalidade - multa (cinco vezes) e apreensão do veículo; (...)

Não se pode olvidar ainda, que a penalidade de apreensão do veículo não se confunde com as medidas administrativas de retenção e remoção do veículo.

Com efeito, a apreensão do veículo tem o objetivo de privar forçosamente o infrator da posse do bem com o qual houve o cometimento da infração e encontra-se prevista no art. 262, do Código de Trânsito, *in verbis*:

Art. 262. O veículo apreendido em decorrência de penalidade aplicada será recolhido ao depósito e nele permanecerá sob custódia e responsabilidade do órgão ou entidade apreendedora, com ônus para o seu proprietário, PELO PRAZO DE ATÉ TRINTA DIAS, conforme critério a ser estabelecido pelo CONTRAN.

§ 1º. No caso de infração em que seja aplicável a penalidade de apreensão do veículo, o agente de trânsito deverá, desde logo, adotar a medida administrativa de recolhimento do Certificado de Licenciamento Anual.

§ 2º. A restituição dos veículos apreendidos só ocorrerá mediante o prévio pagamento das multas impostas, taxas e despesas com remoção e estada, além de outros encargos previstos na legislação específica.

§ 3º. A retirada dos veículos apreendidos é condicionada, ainda, ao reparo de qualquer componente ou equipamento obrigatório que não esteja em perfeito estado de funcionamento.

§ 4º. Se o reparo referido no parágrafo anterior demandar providência que não possa ser tomada no depósito, a autoridade responsável pela apreensão liberará o veículo para reparo, mediante autorização, assinando prazo para a sua reapresentação e vistoria.

Por outro lado, temos que o Direito Penal deve ser norteado pelo princípio da intervenção mínima, do qual decorrem outros dois: princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade.

O princípio da intervenção mínima preconiza que a intervenção penal apenas se legitima quando a criminalização de um fato se constitui meio indispensável para a proteção de determinado bem ou interesse, não podendo ser tutelado eficientemente por outros ramos do ordenamento jurídico.

Sob a ótica da fragmentariedade, nem todos os ilícitos configuram infrações penais, mas apenas os que atentam contra os bens jurídicos fundamentais.

Segundo a subsidiariedade, somente haverá atuação do Direito Penal quando os demais ramos do Direito e os demais meios estatais de controle social tiverem se revelado impotentes para o controle da ordem pública.

Conclusão

O Direito Administrativo - com seu Poder de Polícia - é mais célere e eficaz na aplicação das sanções a infrator flagrado dirigindo com a CNH suspensa administrativamente.

Em realizando interpretação sistemática do art. 307, do CTB, sabendo que interpretar sistematicamente consiste em excluir qualquer solução interpretativa que resulte logicamente contraditória com alguma norma do sistema, se chega à conclusão da possibilidade de sua configuração somente nos casos de condução de automotor com a CNH suspensa mediante decisão judicial, seja ela sentença penal condenatória, decisão homologatória de transação penal (artigo 76, da Lei nº 9099/95) ou decisão declarando a suspensão preventiva ou cautelar da CNH ou a proibição de sua obtenção (artigo 294, do CTB).

Referências bibliográficas e jurisprudenciais:

- PAZETTI, Arnaldo Luis Theodosio. A Violação da Suspensão do Direito de Dirigir como Crime de Trânsito. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2725/A-violacao-da-suspensao-do-direito-de-dirigir-como-crime-de-transito>. Acesso em 22/08/2012.
- RIZZARDO, Arnaldo. Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2010, p. 608/609.
- TJSC - Apelação Criminal n. 2004.026583-5, de Lauro Müller. Relator: Des. Roberto Lucas Pacheco).
- NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008.
- MASSON, Cleber. Direito Penal vol. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 39.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de. O Ministério Público no neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social. Disponível em: <http://www.unifafibe.com.br/revistasonline/arquivos/revistajuridicafafibe/sumario/5/140420101>. Acesso em 27/08/2012. 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 sociedade²⁹. Esse deslocamento se justificaria por

três razões fundamentais. A primeira seria a social, que originou com a vocação do Ministério Público para a defesa da sociedade: ele assumiu paulatinamente um compromisso com a sociedade no transcorrer de sua evolução histórica. A segunda seria a política, que foi surgindo com a vocação da instituição para a defesa da democracia e das instituições democráticas. A terceira seria a jurídica, que se efetivou com a Constituição de 1988, que lhe concedeu autogestão administrativa, orçamentária e funcional e lhe conferiu várias atribuições para a defesa dos interesses primaciais da sociedade.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. Título: hermenêutica jurídica: uma questão intrigante. Disponível em: <http://www.faimi.edu.br/v8/RevistaJuridica/edicao9/5hermeneutica2.pdf>. Acesso em 28/08/2012.

BARTHOLOMEYZIK, Horts. Die Kunst der Gesetzauslegung. Frankfurt, 1971, p. 32, apud, DINIZ, Maria Helena. Compêndio de Introdução à Ciência do Direito. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 427.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. Hermenêutica Jurídica Clássica. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p.37.

* Promotora de Justiça em Curitiba, Pr.

Meios de Prova dos Crimes de Embriaguez ao Volante, após a Lei 12.760/2012, e a Necessária Orientação do Ministério Público.

*Cássio Mattos Honorato**

1. Síntese

Considerando as alterações promovidas pela Lei n. 12.760/2012 (conhecida como “Nova Lei Seca”) e as recentes Decisões judiciais prolatadas em favor de autores de crimes de Embriaguez ao Volante, o Ministério Público deve orientar as Autoridades Policiais, os Policiais Militares, as Autoridades de Trânsito e seus agentes que, havendo fundada suspeita de o condutor de veículo encontrar-se com excesso de alcoolemia ou com sinais que indiquem a alteração da capacidade psicomotora, em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência, **devem ser realizados todos os meios de prova** (ou pelo menos todos os que se tornarem possíveis no momento do atendimento e do registro do fato) descritos no art. 306, §2º, do Código de Trânsito Brasileiro (quais sejam: teste de alcoolemia, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal e outros meios de prova em direito admitidos) e na Resolução n. 432, de 23.01.2013, do Conselho Nacional de Trânsito (que prevê o Auto de Constatação dos Sinais de Alteração da Capacidade Psicomotora).

Ao receber os Autos de Inquérito Policial, e sendo constatado que a Autoridade Policial não providenciou a juntada aos Autos de todos os meios de prova (possíveis de serem realizados) para a comprovação da materialidade dos Crimes de Embriaguez ao Volante, o membro do Ministério Público deve restituir os Autos à Autoridade Policial (em manifestação motivada), indicando as diligências a serem realizadas e as provas a serem juntadas ao Inquérito, de modo que a materialidade dos Crimes de Embriaguez ao Volante esteja fundada em um conjunto de meios de prova, evitando (sempre que possível) a instauração de processos criminais com fundamento em um único meio de prova.

2. Exposição

Durante a 19ª edição do Congresso Nacional do Ministério Público (realizado em Belém do Pará, no ano de 2011), defendi a necessidade de o Ministério Público reconhecer seu papel como *Enforcement*,¹ ou seja, como instituição democrática integrada ao Esforço Legal para a realização do Trânsito Seguro e tutela de todos os direitos fundamentais (em especial a vida e a integridade física) de todos os participantes do fenômeno trânsito (sejam pessoas, animais ou veículos) que são colocados em risco. Uma interessante expressão foi empregada por uma colega Promotora de Justiça, durante os debates, no sentido que o Ministério Público deve agir como *catalisador do esforço legal*, de modo a exigir do Estado o cumprimento de seus deveres com a segurança viária e garantir o exercício do direito ao trânsito em condições seguras a todos os participantes do fenômeno trânsito.

Nesse intervalo de dois anos, algumas importantes atividades foram desenvolvidas e duas merecem destaque, estando uma concluída e outra em fase de desenvolvimento.

A missão cumprida volta-se à reforma de uma rodovia estadual (PR-417, conhecida como Rodovia da Uva), situada na Região Metropolitana de Curitiba em direção ao Município de Colombo. A situação de risco gerada pela interrupção de obras de duplicação e rompimento do contrato de concessão chamou a atenção para a necessidade de intervenção do MPPR. Entre a instauração do Inquérito Civil (registrado sob n. MPPR-0039.12.000352-8), elaboração do relatório fotográfico, reuniões com membros do Departamento de Estrada de Rodagem (DER-PR) e conclusão das obras transcorreram exatos 107 dias (no período de 13.11.2012 a 27.02.2013, que compreende as festas de final de ano e o período de recesso forense). Dois resultados práticos foram obtidos: segurança viária e integração de dois órgãos de Estado que podem (e devem) promover ações para proporcionar segurança a todos os participantes do trânsito.

Durante os trabalhos, a observação que mais chamou a atenção foi realizada por um Engenheiro do DER que, ao agradecer a intervenção do Ministério Público, afirmou que pela primeira vez, em trinta anos de carreira, todo o material por ele solicitado para a realização das obras foi providenciado!

A tarefa atual volta-se, com grande preocupação, para a interpretação judicial que está sendo desenvolvida atualmente em relação aos meios de prova dos Crimes de Embriaguez ao Volante, descritos no art. 306 do CTB (com redação alterada pelas Leis 11.705/2008 e 12.760/2012) e para a necessidade de alertar os membros do Ministério Público que atuam nesses inquéritos policiais e processos criminais sobre a necessidade de orientar as Autoridades Policiais, os Policiais Militares, as Autoridades de Trânsito e seus agentes em relação aos meios de prova dos crimes de embriaguez ao volante e, sendo necessário, promover diligências para que a materialidade do fato esteja fundada em um conjunto probatório, evitando (sempre que possível) a instauração de processos criminais com fundamento em um único meio de prova.

3. Evolução Legislativa e Orientação Jurisprudencial

Realizando um brevíssimo retrospecto histórico das normas relacionadas à embriaguez ao volante, no Brasil, tem-se uma evolução muito significativa, tanto na esfera administrativa quanto na criminal.

No âmbito administrativo, a primeira *margem de tolerância* foi prevista pela Resolução n. 413/69, do CONTRAN: 8 dg/L. Em 1998, com o início da vigência da Lei n. 9.503/97 (que instituiu o Código de Trânsito Brasileiro), houve redução da faixa de tolerância para 6dg/L (seis decigramas de álcool por litro de sangue) e, em 2013, a tolerância do legislador aproximou-se do ideal zero, com a publicação da Lei n. 12.760/2012 e da Resolução n. 432/2013 do CONTRAN. Essa política de Segurança Viária, em que se observa a criação de normas mais rígidas, constitui ação concreta do Estado brasileiro em direção à realização dos objetivos propostos para a Década Mundial de Ações para Segurança Viária: “estabilizar e, posteriormente, reduzir os índices de vítimas fatais no trânsito em todo o mundo”.²

Igualmente importantes foram os avanços na esfera do Direito Criminal, em que a Embriaguez ao Volante foi inicialmente concebida como contravenção penal (descrita nos art. 34 e 62 do Decreto-Lei n. 3.688/41);³ passando pela criminalização junto ao Código de

Trânsito Brasileiro (que previu o Crime de Embriaguez ao Volante junto ao artigo 306), até chegar-se à redação conferida pela Lei n. 11.705/2008, em que foram revelados dois Crimes de Embriaguez ao Volante (por excesso de alcoolemia e por dirigir sob influência de substância psicoativa)⁴, e a atual redação trazida pela Lei n. 12.760/2012 (que identifica os distintos meios de prova que poderão ser realizados).

Assim, a partir de 2008, a população brasileira passou a contar com três níveis de proteção jurídica contra os riscos decorrentes da Embriaguez ao Volante: um, na esfera administrativa de trânsito, em que a faixa de tolerância foi reduzida de 8dg/L para 6dg/L e, atualmente, fixada em zero; e outros dois, no âmbito criminal, em que foram identificados na *Lei Seca* dois Crimes de Embriaguez ao Volante e relacionados na *Nova Lei Seca*, os distintos meios para prová-los em Juízo.

Em relação aos tipos penais descritos no art. 306 do CTB, merece destaque a atual redação (resultante das alterações produzidas pelas Leis n. 11.705/2008 e 12.760/2012):

“Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência: Penas [...]. §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.”

As decisões prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, após a publicação da *Lei Seca* (a partir de 20.06.2008), reconhecem que a Embriaguez ao Volante constitui “delito de perigo abstrato que prescinde da prova do risco potencial do dano causado pela conduta do agente que dirige embriagado” (RT 916/639)⁵; e cuja iniciativa penal é pública incondicionada,⁶ ou seja, a ser promovida pelo Ministério Público perante as Varas Criminais (ou Varas Especializadas em Delitos de Trânsito, onde houver).

4. Dois Crimes de Embriaguez ao Volante

Os dois crimes de Embriaguez ao Volante descritos na *Lei Seca* (Lei n. 11.705/2008) encontram-se renovados no Código de Trânsito Brasileiro por força da nova redação trazida pela Lei n. 12.760/2012 (acima transcrito).⁷

Na hipótese de *embriaguez ao volante por excesso de alcoolemia* (art. 306, *caput*, e §1º, inc. I, do CTB), o legislador presume que o álcool tenha alterado a capacidade psicomotora do condutor do veículo sempre que a concentração for igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue (ou 0,3 miligramas de álcool por litro de ar alveolar).

Semelhante presunção legal foi adotada em Espanha, por meio da Ley Orgánica n. 15/2007, que alterou o Cap. IV, do Código Penal, em relação aos *Delitos contra la Seguridad Vial*, descrevendo em dois incisos os Crimes de Embriaguez ao Volante: “Art. 379. [...] 2. Con las mismas penas será castigado el que condujere un vehículo de motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, substancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas. En todo caso será condenado con dichas penas el que condujere con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro.” PAVÓN, ao discorrer sobre a elementar *bajo la*

influencia alcohólica, lembra que “un sector de la jurisprudencia presumía la influencia del alcohol, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas a partir de determinadas tasas de sangre en el caso del alcohol, no siendo preciso demostrarla en cada caso concreto, y no debiendo tampoco ser manifiesta en el sentido de notoria, patente, perceptible: en consecuencia, superada determinada tasa se podía afirmar la influencia del alcohol, presumiéndose, a partir de esta afirmación la incapacidad del sujeto”.⁸

A presunção legal incorporada ao Código de Trânsito Brasileiro pela Lei n. 12.760/2012 encontra fundamento científico na exposição de SIMONIN, em que se presume a presença de “*trastornos tóxicos* más o menos graves” em relação àqueles que apresentam TAS acima de 0,37 dg/L: “la cantidad de alcohol en sangre no tiene más que un valor indicativo; no es más que un elemento de diagnóstico médico-legal, el cual debe tener en cuenta los datos de información y las indicaciones siguientes: - alcoholemia inferior a 0,5c.c. por 1.000 (o 0,37g): *intoxicación inaparente*. - alcoholemia comprendida entre 0,5 y 2c.c. por 1.000 (o 0,37 y 1,5g.): presunción de *trastornos tóxicos* más o menos graves. - alcoholemia superior a 2c.c. por 1.000 (o 1,5g.): *borrachera* en la mayoría de casos.”⁹

Esses *transtornos tóxicos* incidem diretamente sobre o comportamento humano, alterando a capacidade psicomotora e gerando grave risco à segurança viária. Estudos científicos revelam a existência de “uma forte relação entre a concentração de álcool no sangue e o comportamento”.¹⁰ Nesse sentido, CUFFA revela que, em pessoas com concentração de 6 dg/L (seis decigramas de álcool por litro de sangue), “Julgamento e crítica encontram-se prejudicados; a avaliação das capacidades individuais e o processo de tomada de decisões racionais são afetados (ex.: ser capaz de dirigir)”.¹¹

Acolhida a teoria da *presunção de transtornos tóxicos* e de alteração da capacidade psicomotora a partir de 6dg/L de sangue (ou 0,3 miligramas de álcool por litro de ar alveolar), o legislador brasileiro presume (junto ao art. 306, caput e §1º, inc. I, do CTB, com redação alterada pela Lei n. 12.760/2012) a realização de uma conduta humana capaz de causar grave risco à Segurança Viária e aos bens jurídicos (vida e integridade física) de todos os participantes do fenômeno trânsito.

Tem-se, então, o Crime de Embriaguez ao Volante, por excesso de alcoolemia, quando alguém (ser humano) estiver conduzindo veículo automotor, em via terrestre do território nacional aberta à circulação (seja via pública ou privada, na forma do art. 2º, do CTB), com “concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar”, por presumir que os transtornos tóxicos produzidos pelo álcool no organismo são suficientes para alterar a capacidade psicomotora do condutor e colocar em risco a segurança dos participantes do trânsito.

Não sendo possível determinar a alcoolemia (ou seja, a quantidade de álcool no sangue) ou identificar a substância psicoativa ingerida (como uso de drogas, por exemplo), a nova redação conferida pela Lei n. 12.760/2012 ao art. 306, §1º, inc. II, do CTB permite que a *influência da substância* seja comprovada por “sinais que indiquem [...] alteração da capacidade psicomotora”.

A influência de álcool, esclarece PAVÓN, constitui “sinónimo de incapacidad para manejar el vehículo con la seguridad precisa”,¹² colocando em risco bens jurídicos essenciais à Segurança Viária. Assim, “Si aceptamos en este punto que dicho bien jurídico es la seguridad

del tráfico, como una parcela de la seguridad colectiva, diremos que se encuentra influenciado por el alcohol, drogas tóxicas o estupefacientes, todo conductor que, como consecuencia de la ingestión de tales substancias sufre unos efectos que pueden poner en peligro dicha seguridad, quebrantando el principio de conducción dirigida y de confianza que deben imperar en el tráfico rodado, aunque en ese momento preciso no represente ningún peligro concreto.”¹³

Na segunda espécie de Embriaguez ao Volante, a influência do álcool ou outra substância psicoativa não se presume; devendo ser comprovada, em cada caso concreto, pelos meios de prova expressamente mencionados no §2º, do art. 306 do CTB (com redação introduzida pela lei n. 12.760/2012): “exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos”.

Essa prova é possível e cientificamente aceita em razão dos *efeitos da ingestão de álcool de acordo com a concentração sanguínea*. Nesse sentido, a Tabela destacada por CUFFA revela que a partir de 0,8g/L há “comprometimento evidente da coordenação motora e diminuição da velocidade dos reflexos”; com 1,0g/L, observa-se “discurso vago, indistinto, dificuldade na articulação das palavras; ‘lentificação’ dos reflexos e deterioração do controle dos movimentos voluntários tornam-se evidentes”; ao atingir 1,5g/L surge “prejuízo definitivo do equilíbrio e do movimento”, e com 2g/L os “centros de controle motor e emocional são consideravelmente afetados; fala pastosa, cambaleante, perda de equilíbrio (quedas são frequentes) e visão dupla podem ocorrer”¹⁴, de modo que esses sinais externos dos efeitos do álcool no organismo podem ser observados e levados ao processo (como meios de prova do Crime de Embriaguez ao Volante) por meio de testemunhas, do exame clínico e dos documentos elaborados pelos agentes que atenderam o evento e registraram a ocorrência. Essa, aliás, é a orientação expressa na Resolução n. 432/2012, do CONTRAN: “Art. 5º. Os sinais de alteração da capacidade psicomotora poderão ser verificados por: I – exame clínico com laudo conclusivo e firmado por médico perito; ou II – constatação, pelo agente da Autoridade de Trânsito, dos sinais de alteração da capacidade psicomotora nos termos do Anexo II.”¹⁵

Tem-se, então, a denominada *Embriaguez ictu oculi*, ou seja, a situação em que o nível de alcoolemia torna-se evidente aos olhos e revela sinais característicos de que o condutor encontrava-se sob a influência do álcool. Segundo BENTO DE FARIA, “Em tais casos a embriaguez é evidentemente – manifesta, isto é, quando, independentemente do seu grau, pode ser percebida por todos, sem possível dúvida, *ictu oculi*”.¹⁶

Não havendo *margem de tolerância*, a comprovação das elementares do tipo penal poderá ser realizada por distintos meios de prova,¹⁷ visando demonstrar que o condutor encontrava-se *sob influência de qualquer substância psicoativa* (ora incluído o álcool que, segundo *Glossário* da OMS,¹⁸ constitui espécie de substância psicoativa que determina dependência).

Dois, portanto, são os Crimes de Embriaguez ao Volante descritos no art. 306 do CTB (com redação alterada pelas Leis n. 11.705/08 e 12.760/12): (i) Embriaguez ao Volante por excesso de alcoolemia, em que o legislador presume a incapacidade (ou alteração da capacidade psicomotora) para conduzir veículo com segurança daquele que apresenta taxa de álcool no sangue (TAS) igual ou superior a 6dg/L (ou 0,3mg/L no ar alveolar); e a (ii) Embriaguez ao Volante por dirigir sob influência de álcool ou outra substância psicoativa, a ser comprovada por meio de sinais que indiquem a alteração da capacidade psicomotora.

5. Meios de Prova e a Preocupante Orientação Jurisprudencial

A partir de março de 2012, em especial após a publicação da Decisão prolatada pelo STJ junto ao Recurso Especial n. 1.111.566/DF, [19](#) em que se afirmou, por maioria de votos, a necessidade de teste de alcoolemia para comprovar, em Juízo, a materialidade do Crime de Embriaguez ao Volante, surgiu a preocupação em ampliar, de forma explícita e cristalina, os meios de prova admitidos pela legislação de trânsito brasileira.

Em 21.12.2012, com a publicação da Lei n. 12.760 (conhecida como “Nova Lei Seca”), passaram a constar expressamente do artigo 306, §2º, do CTB, os seguintes meios de prova dos Crimes de Embriaguez ao Volante: teste de alcoolemia, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal e outros meios de prova em direito admitidos.

Dentre esses “outros meios de prova em direito admitidos”, além do interrogatório do acusado (previsto nos art.185-196 do CPP), merece destaque o documento previsto no art. 5º e no Anexo II da Resolução n. 432, de 23.01.2013, do Conselho Nacional de Trânsito, denominado “Auto de Constatação dos Sinais de Alteração da Capacidade Psicomotora”.

O risco de impunidade, que parecia solucionado com as alterações legislativas introduzidas pela Lei n. 12.760/12 e pela Resolução n. 432/13, voltou a incidir sobre os Crimes de Embriaguez ao Volante em razão da interpretação que vem sendo realizada por alguns Juízes de Direito, neste primeiro ano de vigência da “Nova Lei Seca”. Assim:

- a) A irretroatividade da Lei n. 12.760/12, por ser considerada mais gravosa que a anterior e prejudicial aos réus, vem sendo afirmada pela 2ª Câmara Criminal do TJPR[20](#); pelo TJSP[21](#), e pelo TJRS[22](#).
- b) Há interpretações pela fusão dos dois tipos penais, de modo a exigir (para a condenação do acusado) prova do excesso de alcoolemia e, também, da alteração da capacidade psicomotora. Nesse sentido destaca-se:

“APELAÇÃO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ALTERAÇÃO DA CAPACIDADE PSICOMOTORA. LEI 12.760/12. RETROATIVIDADE. Com a alteração do artigo 306 da Lei 9.503/97 pela Lei 12.760/12, foi inserida no tipo penal uma nova elementar normativa: a alteração da capacidade psicomotora. Conforme a atual redação do dispositivo penal constitui conduta típica a condução do veículo com a capacidade psicomotora alterada (caput) em razão da concentração de álcool por litro de sangue superior a 6 decigramas (§1º, I) ou em razão do consumo de substância psicoativa (§1º, II). Assim, a adequação típica da conduta, agora, depende não apenas ad constatação da embriaguez (seis dg de álcool por litro de sangue), mas, também, da comprovação da alteração da capacidade psicomotora pelos meios de prova admitidos em direito. Aplicação retroativa da Lei 12.760 ao caso concreto, pois mais benéfica ao acusado. Ausência de provas da alteração da capacidade psicomotora. Absolvção decretada.”[23](#)

- c) Em Decisão prolatada pelo Juiz de Direito da 1ª Vara de Delitos de Trânsito, em Curitiba, foi exigido, como prova de validade e eficácia do exame realizado pelo etilômetro, os laudos de calibragem inicial e o laudo de verificação anual do equipamento (pelo INMETRO ou empresa credenciada). Como consequência, foi decretada “a nulidade do

teste por meio etilômetro realizado à fl. [...]” e foi julgada “improcedente a denúncia para absolver”²⁴ a denunciada. A aferição dos equipamentos e seus requisitos de validade encontravam-se previstos no art. 6º, da Resolução n. 206/06 do CONTRAN e foram novamente exigidos pelo art. 4º, da Resolução n. 432/13 do CONTRAN os seguintes requisitos:

- I. ter seu modelo aprovado pelo INMETRO;
- II. ser aprovado na verificação metrológica inicial, eventual, em serviço e anual realizadas pelo Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia – INMETRO ou por órgão da Rede Brasileira de Metrologia Legal e Qualidade – RBMLQ.”

As decisões judiciais acima destacadas revelam a incidência de um antigo adágio: “uma andorinha só não faz verão”. Assim, sem ingressar no mérito das decisões judiciais acima destacadas (que, s.m.j., não conferem a interpretação mais adequada aos tipos penais descritos no art. 306 do CTB e, ao violar o princípio do trânsito em condições seguras, geram grave prejuízo à segurança viária), o Ministério Público, como titular da ação penal, deve conhecer a nova orientação jurisprudencial e adotar providências para que essa interpretação não seja possível nos processos criminais em que esteja exercendo as funções ministeriais.

6. Conclusão

Como antídoto para esse novo mal que já se espalha sobre a interpretação dos Crimes de Embriaguez ao Volante, mesmo após a publicação da Lei n. 12.760/12, e como forma de assegurar a realização do Trânsito Seguro como direito fundamental de segunda dimensão,²⁵ sugere-se a adoção de duas providências pelos membros do Ministério Público que atuam em Inquéritos Policiais e processos criminais em que se apuram e processam autores de Crimes de Embriaguez ao Volante:

1º. No exercício do controle externo da atividade policial, o Ministério Público deve orientar as Autoridades Policiais, os Policiais Militares, as Autoridades de Trânsito e seus agentes que, havendo fundada suspeita de o condutor de veículo encontrar-se com excesso de alcoolemia ou com sinais que indiquem a alteração da capacidade psicomotora, em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência, **devem ser realizados todos os meios de prova** (ou pelo menos todos os que se tornarem possíveis no momento do atendimento e do registro do fato) descritos no art. 306, §2º, do Código de Trânsito Brasileiro (quais sejam: teste de alcoolemia, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal e outros meios de prova em direito admitidos) e na Resolução n. 432, de 23.01.2013, do Conselho Nacional de Trânsito (que prevê em seu art. 5º e seu Anexo II, o Auto de Constatação dos Sinais de Alteração da Capacidade Psicomotora).

2º. Ao receber os Autos de Inquérito Policial, e sendo constatado que a Autoridade Policial não providenciou a juntada aos Autos de todos os meios de prova (possíveis de serem realizados) para a comprovação da materialidade dos Crimes de Embriaguez ao Volante, o membro do Ministério Público deve restituir os Autos à Autoridade Policial (em manifestação motivada), indicando as diligências a serem realizadas e as provas a serem juntadas ao Inquérito, de modo que a materialidade dos Crimes de Embriaguez

ao Volante esteja fundada em um conjunto de meios de prova, evitando (sempre que possível) a instauração de processos criminais com fundamento em um único meio de prova.

Assim, e tendo em consideração que a embriaguez ao volante é reconhecida como um dos cinco principais fatores de risco à segurança viária, a atuação proativa do Ministério Público durante as fases de registro e de investigação do fato delituoso constitui ação concreta para a redução do número de mortes no trânsito e, com certeza, para a melhoria da Segurança Viária em todo o território nacional.

Curitiba, 28 de Agosto de 2013.

CÁSSIO M. HONORATO (Promotor de Justiça no Estado do Paraná)

7. Referência Bibliográfica

BRASIL. *Glossário de álcool e drogas*. Trad. José Manoel Bertolore. Brasília (DF): Secretaria Nacional Antidrogas (SENAD), 2004. 131 p.

COLLIN, Peter H. *Dictionary of Law*. Third edition. Teddington (UK): Peter Collin Publishing, 2000. 398 p.

CUFFA, Marina de. *Percepção e comportamento de risco de beber e dirigir: um perfil do universitário de Curitiba*. Curitiba, 2012. 134 p. Dissertação (Mestrado em Psicologia). Setor de Ciências Humanas, Letras e Artes. Universidade Federal do Paraná (UFPR).

FARIA, Bento de. *Das contravenções penais*. Rio de Janeiro: Record, 1958. 451 p.

HONORATO, Cássio M. *Dois crimes de embriaguez ao volante e as alterações introduzidas pela Lei 11.705/2008*. RT 880, ano 98, p. 341-374, fev. 2009.

_____. *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.)

_____. *Álcool, trânsito seguro e proibição do retrocesso social*. RT 935, ano 102, p. 183, Set. 2013.

NAÇÕES UNIDAS. Resolução A/64/255. *Melhoria da Segurança Viária no Mundo (Improving Global Road Safety)*. Sexagésima Quarta Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas. Nova York. 10.Mai.2010. Disponível em:

[http://www.who.int/violence_injury_prevention/publications/road_traffic/UN_GA_resolution-54-255-en.pdf] Acesso em: 06.02.2013.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Delitos do automóvel*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. 187 p.

PAVÓN, Pilar Gómez. *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes y análisis del artículo 383 del Código Penal*. 4. ed., Barcelona: BOSCH, Casa Editorial, 2010. 361 p.

- 1 *Enforcement* – “making sure that something is obeyed” (COLLIN, Peter H. *Dictionary of Law* Third edition. Teddington (UK): Peter Collin Publishing, 2000. p. 130); ou seja, tornar obrigatório o cumprimento da lei.
 - 2 Em 02.03.2010, a Assembléia Geral da ONU (Organização das Nações Unidas), durante o 64ª Período de Sessões (Tema 46 do Programa), por meio da Resolução n. A/64/255 (sobre “Melhoria da Segurança Viária no Mundo” - “Improving Global Road Safety”), proclamou “o período de 2011-2020 ‘Década de Ações para Segurança Viária’, com o objetivo de estabilizar e, posteriormente, reduzir os índices de vítimas fatais no trânsito em todo o mundo, aumentando as atividades nos planos nacional, regional e mundial” (par. 2). Disponível em: [http://www.who.int/violence_injury_prevention/publications/road_traffic/UN_GA_resolution-54-255-en.pdf] Acesso em: 06.02.2013.
 - 3 O Decreto-Lei n. 3.688, de 03.10.1941, contém a Lei das Contravenções Penais.
“[...] orientação pacífica e dominante no sentido de que a simples embriaguez na direção de veículo configura a direção perigosa, pois a periculosidade da conduta é decorrente do estado alcoólico do motorista, que poderá ocasionar infrações mais graves. ‘Presume-se, sempre, perigo à incolumidade pública, a presença de indivíduo embriagado na direção de veículo, que é instrumento idôneo a causar danos e perigo de danos a bens jurídicos de inestimável valor’ (RT, 589:353).” (NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Delitos do automóvel*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 80.)
 - 4 HONORATO, Cássio M. *Dois crimes de embriaguez ao volante e as alterações introduzidas pela Lei 11.705/2008*. RT 880, ano 98, p. 341-374, fev. 2009.
 - 5 STF. HC 109.269-MG, j. 27.09.2011. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. RT 916/639.
STJ. HC 167.882-DF, j. 06.03.2012. 5ª Turma. Rel. Min. Gilson Dipp; bem como HC 177.942-RS, j. 14.03.2011. 6ª Turma. Rel. Min. Celso Limongi.
- Os Crimes de Embriaguez ao Volante descritos no art. 379.2, do Código Penal Espanhol (alterado pela LO 15/2007) também configuram “delito de peligro abstracto, donde no es precisa la demostración, caso por caso, del peligro efectivo para el bien jurídico protegido, que es la seguridad del tráfico” e “así es interpretado por la jurisprudencia mayoritaria” (PAVÓN, Pilar Gómez. *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes y análisis del artículo 383 del Código Penal*. 4. ed., Barcelona: BOSCH, Casa Editorial, 2010. p. 139 e 143).
- 6 “Trânsito. Embriaguez ao volante. Delito cujo objeto jurídico tutelado é a incolumidade pública e o sujeito passivo, a coletividade. Ação penal pública incondicionada. Hipótese em que a ação penal condicionada à representação se mostra incompatível com crimes dessa natureza. Inteligência do art. 306 da Lei 9.503/97” (STF. ROHC 82.517-6. 1ª Turma. j. 10.12.2002. Rel. Min. Ellen Gracie. RT 814/518).
 - 7 HONORATO, Cássio M. *Álcool, trânsito seguro e proibição do retrocesso social*. RT 935, ano 102, p. 183, Set. 2013.
 - 8 PAVÓN, Pilar Gómez. *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes*, p. 51-52.
“La razón dicha en el preámbulo de la ley de reforma es la certeza de que con esas cantidades la generalidad de las personas se encuentran bajo la influencia del alcohol.” (PAVÓN. *Op. cit.*, p. 88.)
 - 9 SIMONIN, C. *Medicina Legal Judicial*, p. 588.
 - 10 CUFFA, Marina de. *Percepção e comportamento de risco de beber e dirigir: um perfil do universitário de Curitiba*, p. 26.
 - 11 CUFFA, Marina de. *Op. cit.*, p. 26. Tabela 1. Os efeitos da ingestão de álcool de acordo com a concentração sanguínea para uma pessoa que não desenvolveu tolerância e nem ingeriu alimentos previamente.
 - 12 PAVÓN, Pilar Gómez. *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes*, p. 54.
 - 13 PAVÓN, Pilar Gómez. *Op. cit.*, p. 55.
 - 14 CUFFA, Marina de. *Percepção e comportamento de risco de beber e dirigir: um perfil do universitário de Curitiba*, p. 26. Tabela 1. Os efeitos da ingestão de álcool de acordo com a concentração sanguínea para uma pessoa que não desenvolveu tolerância e nem ingeriu alimentos previamente.
 - 15 O Anexo II da Resolução n. 432/2012 do CONTRAN contempla as informações mínimas que deverão constar do *Auto de Constatação dos Sinais de Embriaguez Alcoólica ou influência de substância psicoativa*.
 - 16 FARIA, Bento de. *Das contravenções penais*. Rio de Janeiro: Record, 1958. p. 219.
 - 17 Em relação aos distintos meios de prova dos crimes de embriaguez ao volante, confira HONORATO, Cássio M. *O trânsito em condições seguras*, p. 21-45.
“A prova da embriaguez ao volante deve ser feita, preferencialmente, por meio de perícia (teste de alcoolemia ou de sangue), mas esta pode ser suprida (se impossível de ser realizada no momento ou em vista da recusa do cidadão) pelo exame clínico e, mesmo, pela prova testemunhal”. (STJ. RHC 26.432/MT. 5ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 19.11.2009. Publ. DJe. 22.02.2010.)
“II – O delito de embriaguez ao volante configura-se por meio da prova de que o condutor ingeriu bebida alcoólica em concentração por litro de sangue igual ou superior à fixada na norma incriminadora - aferida por teste de alcoolemia ou de sangue -, ou então que estava sob a influência de substância psicoativa que causasse dependência – averiguada por meio de exame clínico ou depoimento testemunhal.” (STJ. REsp. 1.208.112/MG. 5ª Turma. Rel. Min. Gilson Dipp. j. em 24.06.2011.

Publ. DJe 15.06.2011.)

- [18](#) “[...] o álcool é um sedativo/hipnótico com efeitos semelhantes aos dos barbitúricos. Além dos efeitos sociais do uso, a intoxicação pelo álcool pode resultar em envenenamento e até morte; o uso excessivo e prolongado pode resultar dependência ou numa ampla variedade de transtornos mentais orgânicos e físicos. Os transtornos mentais e de comportamento decorrentes do uso de álcool (F10) são classificados como transtornos decorrentes do uso de substância psicoativa na CID-10 (F-10-F-19).” (BRASIL. *Glossário de álcool e drogas*. Trad. J. M. Bertolote. Brasília (DF): SENAD, 2006. p. 19.)
- [19](#) “[...] a Lei Seca trouxe critério objetivo para a caracterização do crime de embriaguez, tipificado pelo art. 306 do CTB. É necessária a comprovação de que o motorista esteja dirigindo sob a influência de pelo menos seis decigramas de álcool por litro de sangue. Esse pode ser atestado somente pelo exame de sangue ou pelo teste do bafômetro segundo definição do Decreto 6.488/08, que disciplinou a margem de tolerância de álcool no sangue e a equivalência entre os dois testes.” (STJ. 3ª Seção. Rel. Acórdão Des. Conv. Adilson Vieira Macabu. REsp. n. 1.111.566/DF. j. em 28.03.2012).
- [20](#) Decisões da 2ª Câmara Criminal do TJPR: Apelação Criminal n. 751.330-6, Rel. Conv. Juíza Lilian Romero, julg. 04.07.2013, DJ 1149 de 26.07.2013; *Habeas Corpus* n. 797.900-4, Rel. Des. Lídio José Rotoli de Macedo, julg. 14.03.2013, DJ 1072 de 05.04.2013.
- [21](#) Decisão da 3ª Câmara Criminal do TJSP: Apelação Criminal n. 0011445-40.2007.8.26.0270, Rel. Des. Silmar Fernandes, julg. 13.06.2013.
- [22](#) Decisões do TJRS: *Habeas Corpus* n. 70054550256, Relator Des. João Batista Marques Tovo, julg. 27.06.2013; Apelação Criminal n. 70053795134, Relator Des. Jayme Weingartner Neto, julg. 23.05.2013; e Apelação Criminal n. 70053032751, Rel. Des. Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, julg. 14.03.2013.
- [23](#) TJRS. Apelação Criminal n. 70052159951 (n. CNJ: 0522594-24.2012.8.21.7000). 3ª C.Crim. Relator Des. Nereu José Giacomolli, julg. 04.07.2013.
- [24](#) 1ª Vara de Delitos de Trânsito. Curitiba. Autos n. 201262850. Juiz Athos Pereira Jorge Junior. Sentença publicada em 13.08.2013.
- [25](#) A respeito do tema, vale conferir HONORATO, Cássio M. *Trânsito Seguro: Direito Fundamental de Segunda Dimensão*. RT 911, ano 100, p. 107-169, set. 2011.

* Promotor de Justiça no Estado do Paraná Comarca de Curitiba - Foro Regional de Colombo

A Banalização do Artigo 16 do Código de Processo Penal e a Consequente Ineficiência da Atuação do Ministério Público nos Inquéritos Policiais e no Combate à Crescente Criminalidade

*Cláudia Rodrigues de Moraes Piovezan**

Ao Ministério Público, enquanto titular privativo da ação penal, incumbe levar ao Judiciário as ações penais que visam apurar a autoria de delitos e impor ao seu autor as sanções previstas em lei penal. Enquanto defensor da sociedade, cabe-lhe atuar de maneira eficaz e célere, exigindo a qualidade da atuação da polícia judiciária e do Judiciário, cabe-lhe propor ações penais também de qualidade e com celeridade, dando pronta resposta ao infrator, às vítimas e à sociedade.

Recentemente, travou-se verdadeira batalha no Brasil buscando a rejeição da nefasta PEC 37, que visava excluir o Ministério Público das investigações criminais, entregando-a, com exclusividade, à Polícia Judiciária. Nesta batalha, o Ministério Público contou com o apoio maciço da população brasileira, nos mais diversos segmentos da sociedade civil organizada, os quais reconheceram a importância da instituição para a defesa da ordem jurídica e do regime democrático.

Ocorre que a confiança depositada pela nação brasileira também trouxe a necessidade de reavaliar a eficiência da atuação desta instituição em todas as esferas, haja vista que tal confiança traz ao *Parquet* também a enorme responsabilidade de melhorar a prestação do serviço que lhe incumbe, especialmente em um momento histórico em que a população brasileira, ao mesmo tempo que acolheu a defesa dos interesses institucionais do Ministério Público, também exigiu melhoria dos serviços públicos. Outrossim, ao reconhecer que o Ministério Público é imprescindível para o sucesso de investigações criminais, também a sociedade reconheceu que nos cabe, de maneira incondicional e inquestionável, a atuação na esfera penal e processual penal. Assim, é imperativo que o Ministério Público também reveja e reavalie sua atuação nesta área, visto que é detentor privativo da ação penal, e não mero ator coadjuvante no palco do combate à criminalidade.

No entanto, diante dos índices de criminalidade e mais ainda, diante da crescente sensação de insegurança vivida pela população, é de se convir que a atuação ministerial neste campo tem sido insatisfatória e até mesmo relegada a um plano secundário, pelos órgãos superiores da Instituição, em relação às demais atribuições obtidas nos últimos 25 anos. Assim, antes mesmo de nos voltarmos para a investigação criminal, é preciso que nos dediquemos à função que sempre nos pertenceu, a de acompanhar os inquéritos policiais e, a partir deles, iniciar as respectivas ações penais, o que parece ser muito óbvio. MAS NÃO É!! E é o que se demonstrará neste trabalho.

O artigo 16, do Código de Processo Penal, estabelece que “o Ministério Público não poderá requerer a devolução do inquérito à autoridade policial, senão para novas diligências,

imprescindíveis ao oferecimento da denúncia”. Apesar da previsão de excepcionalidade da devolução dos autos de inquérito policial para a Delegacia de Polícia, tornou-se prática corriqueira, todavia, a devolução de inquéritos policiais para a Delegacia de Polícia para continuidade das investigações, mesmo que nos procedimentos investigativos haja indícios de autoria e prova de materialidade, os quais, segundo a doutrina e a Jurisprudência, são necessários e suficientes para suportar o oferecimento de denúncia em face do suposto autor de crime.

Os inquéritos são devolvidos, algumas vezes, para a realização de perícias ou apenas para a juntada de laudos periciais, mesmo diante da possibilidade de que tais laudos possam ser juntados no decorrer da instrução processual. Os procedimentos investigatórios também são devolvidos para interrogatório do réu, mas também são devolvidos, inúmeras vezes, sem que o Promotor de Justiça indique sequer a diligência a ser realizada.

As inúmeras devoluções do inquérito policial levam a uma desnecessária e inaceitável demora no oferecimento de denúncia ou mesmo do arquivamento do inquérito policial, levando o feito à inexorável prescrição e ao abarrotamento das empoeiradas prateleiras dos Distritos Policiais. Por conseguinte, verifica-se um aumento crescente da criminalidade, haja vista que os mesmos agentes delitivos reiteram em suas condutas diante da ausência de resposta estatal.

Por outro lado, as vítimas e a sociedade não obtém qualquer resposta do Estado na apuração dos delitos que ofenderam os bens jurídicos penalmente tutelados, portanto considerados importantes, tais como vida, integridade física, patrimônio, fé pública, etc, levando ao total descrédito da Polícia Judiciária, da Justiça e, por óbvio, do Ministério Público.

Noutro viés, se o agente ministerial apenas chancela a inércia da polícia e, sem critério e sem sequer leitura do conteúdo do inquérito policial quando este lhe chega às mãos, simplesmente reitera cota anterior, abre mão do controle externo da polícia, que pode ser exercido pelo simples acompanhamento das investigações ou pela pronta percepção da ausência de qualquer investigação pela autoridade policial.

Ocorre que ao burocratizar a investigação policial, nos feitos envolvendo investigados em liberdade, exigindo infinitas diligências e perícias para a sua conclusão, o agente ministerial colabora para a impunidade, para a prescrição e para o eterno atulhamento das delegacias de polícia, que já atuam sem estrutura mínima de trabalho e com evidente descaso para com a missão que lhes cabe, conquanto haja previsão legal de que a denúncia só será rejeitada em 3 hipóteses, previstas nos artigo 395, do CPP:

Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

I - for manifestamente inepta; (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

II - *faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).*

III - *faltar justa causa para o exercício da ação penal. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).*

Afrânio Silva Jardim, em “Ação Penal Pública: princípio da obrigatoriedade, 2001, pg. 37”, afirma que a justa causa é “um lastro mínimo de prova que deve fornecer arrimo à acusação”. Segundo este doutrinador a justa causa é requisito legítimo para o exercício da ação penal, a propositura desta está sujeita à existência de provas ou indícios que ao menos sugiram a materialidade e autoria do delito:[...] torna-se necessária ao regular exercício da ação penal a

demonstração, prima facie, de que a acusação não é temerária ou leviana, por isso que lastreada em um mínimo de prova. Este suporte probatório mínimo se relaciona com os indícios da autoria, existência material de uma conduta típica e alguma prova de sua antijuridicidade e culpabilidade.

Portanto, para o oferecimento da denúncia, bastam indícios de autoria e prova da materialidade, ou seja, indícios de quem seria seu provável autor e de que o crime ocorreu, mesmo porque, se assim não o fosse, a ação penal seria temerária.

Porém, na prática, o que se vê é uma resistência do órgão ministerial em oferecer denúncia antes de haver nos autos as mais diversas perícias, o que pode não ocorrer dada a ineficiência das Polícias Judiciária e Técnica, ao menos no Estado do Paraná, o que transporta o crime para o campo da prescrição. Mesmo que o artigo 158, do CPP, determine que quando o crime deixar vestígios, é indispensável o exame de corpo de delito, é de observar que o mencionado artigo visa apenas coibir a condenação do acusado com base unicamente em sua confissão, não significando, portanto, a falta do laudo pericial impedimento para o oferecimento de denúncia.

Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

Tanto é possível o oferecimento de denúncia com apenas indícios de autoria que o próprio Magistrado poderá determinar a realização de diligências no curso da instrução ou mesmo antes de proferir a sentença, conforme art. 156.

A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008).

Outrossim, o artigo 167 do CPP também prevê que a prova pericial poderá ser suprida pela prova testemunhal:

Art. 167. Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta.

No mesmo sentido, tem-se o artigo 168, § 3º, do CPP, no que se refere ao crime de lesões corporais:

Art. 168. Em caso de lesões corporais, se o primeiro exame pericial tiver sido incompleto, proceder-se-á a exame complementar por determinação da autoridade policial ou judiciária, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público, do ofendido ou do acusado, ou de seu defensor.

§ 1º No exame complementar, os peritos terão presente o auto de corpo de delito, a fim de suprir-lhe a deficiência ou retificá-lo.

§ 2º Se o exame tiver por fim precisar a classificação do delito no art. 129, § 1º, I, do Código Penal, deverá ser feito logo que decorra o prazo de 30 dias, contado da data do crime.

§ 3º A falta de exame complementar poderá ser suprida pela prova testemunhal.

Também a Jurisprudência tem ratificado este entendimento, no sentido de que a prova pericial pode ser suprida por qualquer outro meio de prova. Neste aspecto, traz-se julgado relacionado ao crime de lesões corporais.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA - LESÃO CORPORAL E AMEAÇAS - PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS - INVIABILIDADE - MATERIALIDADE DA

LESÃO DEMONSTRADA POR PRONTUÁRIO MÉDICO - SUFICIÊNCIA - ART. 12-§3º DA LEI 11.340/2006 - AUTORIA - PALAVRA DAS VÍTIMAS CORROBORADAS POR OUTRAS EVIDÊNCIAS DO CRIME - CONDENAÇÃO MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.

(TJPR - 1ª C.Criminal - AC - 1031827-5 - Iretama - Rel.: Naor R. de Macedo Neto - Unânime - - J. 20.06.2013)

O art. 171, do CPP, assim prevê: *Nos crimes cometidos com destruição ou rompimento de obstáculo a subtração da coisa, ou por meio de escalada, os peritos, além de descrever os vestígios, indicarão com que instrumentos, por que meios e em que época presumem ter sido o fato praticado.* Ainda nestes delitos, a Jurisprudência tem admitido outros meios de prova reconhecimento de sua configuração, conforme julgados abaixo colados:

RECURSOS DE APELAÇÃO CRIMINAL FURTO QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO E CONCURSO DE PESSOAS NULIDADES NÃO OCORRÊNCIA DOSIMETRIA PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA - SÚMULA N.º 231 DO STJ IMPOSSIBILIDADE, NA ESPÉCIE SENTENÇA CONFIRMADA RECURSOS NÃO PROVIDOS. São válidos o exame indireto e o laudo de levantamento do local do crime, comprobatórios do rompimento de porta de vidro e de bens furtados, conquanto realizados por dois policiais civis, nomeados e compromissados para tanto, sem apresentação de diploma de curso superior. A compatibilidade da função desempenhada pelos agentes públicos e a simplicidade da perícia, bem como a ausência de contraprova acerca da inexistência de formação superior dos peritos e de demonstração de prejuízo pela defesa, afastam a possibilidade de anulação da avaliação pericial, na hipótese. É prescindível a realização de laudo pericial para o efeito de atestar a ocorrência de rompimento de obstáculo, se tal circunstância resulta da confissão do próprio agente e dos testemunhos colhidos no curso da instrução criminal. (...) Apelações conhecidas e não providas.

(TJPR - 5ª C.Criminal - AC - 886370-1 - Prudentópolis - Rel.: Jorge WagihMassad - Unânime - - J. 12.07.2012).

APELAÇÃO CRIME RÉU DENUNCIADO PELA PRÁTICA DE FURTO QUALIFICADO SENTENÇA CONDENATÓRIA - RECURSO QUE ALEGA INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA INOCORRÊNCIA **NÃO NECESSIDADE DE PROVA TÉCNICA QUALIFICADORA CONFIGURADA PELAS DEMAIS PROVAS COLHIDAS NOS AUTOS** CONFISSÃO DO RÉU ALTERAÇÃO DE OFÍCIO NA DOSIMETRIA PENAL REDUÇÃO NA MAJORAÇÃO PREVISTA PELO ART.71 DO CÓDIGO PENAL RECURSO DESPROVIDO.

(TJPR - 4ª C.Criminal - AC - 669575-8 - Cruzeiro do Oeste - Rel.: Celso Rotoli de Macedo - Unânime - - J. 01.07.2010).

Ora, se a prova pericial pode ser suprida por outros meios de prova para sustentar um decreto condenatório, quanto mais para o oferecimento da denúncia.

Além das situações em que os inquéritos policiais nunca chegam ao oferecimento de denúncia por falta de conclusão da perícia, também é comum a devolução dos inquéritos à autoridade policial para interrogatório do investigado.

O artigo 6º do CPP prevê que a autoridade policial deverá, entre outras diligências, ouvir o indiciado¹. Ocorre que o inquérito policial não pode permanecer na Delegacia de Polícia aguardando eternamente a localização do investigado, o qual pode, de diversas maneiras, obstaculizar sua inquirição exatamente com a finalidade de impedir o prosseguimento do feito. Ora, se o Ministério Público pode oferecer denúncia com base em peças de informação, não lhe é permitido deixar de oferecer denúncia, com base em inquérito policial, pelo mero motivo

de que o investigado não foi interrogado. Por outro lado, o investigado pode exercer seu direito constitucional de permanecer em silêncio ou não atender a intimação da autoridade policial para seu interrogatório e isto não pode impedir o exercício da ação penal.

O próprio Manual de Atuação da Corregedoria-Geral do Ministério Público é expresso no sentido de que a diligência que não for imprescindível para o oferecimento da denúncia deverá ser requerida na cota que acompanha a própria denúncia.

89. Inquérito policial -prazo -cobrança -devolução cautelas

A autoridade policial, estando o indiciado solto, deverá concluir o inquérito em 30 (trinta) dias (art. 10 do CPP). Excedido esse prazo, a autoridade deverá remetê-lo a Juízo no estado em que se encontra, solicitando a prorrogação do prazo para a realização das diligências faltantes. Cabe ao Ministério Público, no exercício do controle externo da atividade policial, fiscalizar o cumprimento dessa norma, evitando que inquéritos policiais permaneçam indefinidamente na Delegacia de Polícia.

Na devolução de inquéritos à Polícia — o que só deve ocorrer em casos excepcionais — para complementação das investigações, cabe ao Promotor de Justiça especificar objetivamente as diligências que deverão ser realizadas, propondo um prazo para seu cumprimento (que não deve exceder o prazo legal primário de 30 (trinta) dias) e fiscalizando sua observância.

91. Diligências imprescindíveis -denúncia

Somente as diligências realmente imprescindíveis ao oferecimento da denúncia autorizam seu retardamento. Entendem-se como imprescindíveis as diligências referentes à caracterização da autoria da infração penal, à materialidade e à sua correta tipificação legal. Qualquer outra diligência haverá de ser tomada como prescindível, devendo ser requerida juntamente com o oferecimento da denúncia. (grifei)

Portanto, é injustificável que um inquérito policial que apure crime de roubo, com autoria determinada, retorne, durante anos, para a Delegacia de Polícia para realização que diligências prescindíveis², que podem ser requeridas na cota que acompanha a denúncia, caso sejam realmente necessárias. Igualmente, não é aceitável que em crime de roubo, o inquérito seja devolvido para continuidade das diligências, para a realização de perícia no local do crime, por exemplo, circunstância que não tem reflexo na determinação da autoria, da materialidade e nem sequer nas eventuais causas de aumento de pena e, tampouco, num caso de estupro, com autoria determinada e existente laudo de conjunção carnal, não é aceitável que o inquérito retorne à DP para apuração de eventual contágio venéreo³.

Outro fator relevante é que a procrastinação do oferecimento da denúncia conduz ao perecimento da prova testemunhal. Primeiramente, porque o arrefecimento da memória das pessoas envolvidas é inquestionável. Um reconhecimento seguro do autor do crime, realizado pela vítima ou por testemunhas, no momento da prisão em flagrante, pode se tornar uma dúvida ou uma incerteza, após algum tempo, na instrução processual, pelos mais diversos motivos, dentre eles a mudança da aparência física, que é inerente ao ser humano, ou mesmo pelo apagamento da memória. Além disso, as testemunhas e vítimas podem ser acometidas das mais diversas doenças; podem ocorrer mudanças de endereços e até de país de residência. Por fim, os falecimentos são comuns e todas essas circunstâncias, obviamente, afetam a produção de prova na fase judiciária.

Noutro viés, é se ressaltar que muitas diligências podem ser realizadas pelo próprio

Ministério Público, haja vista que a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, art. 26, Lei Federal. 8.625/93, o autoriza a :II - *requisitar informações e documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processo em que officie*;V - *praticar atos administrativos executórios, de caráter preparatório*;

No mesmo sentido, a Lei Orgânica do Ministério Público do Paraná dispõe:

Art. 57. Além das funções previstas na Constituição Federal, na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, na Constituição Estadual e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público: (...) XII - *exercer o controle externo da atividade policial, civil e militar, instituído por ato do Procurador-Geral de Justiça, por meio de medidas administrativas e judiciais, visando assegurar a indisponibilidade da persecução penal e a prevenção ou correção de ilegalidades ou abuso de poder, com a faculdade de :a) fiscalizar e acompanhar atividades investigatórias; b) requisitar providências visando sanar omissão, ilegalidade ou abuso de poder; c) recomendar à autoridade policial a observância das leis e princípios jurídicos; d) ter livre ingresso em estabelecimentos policiais e prisionais; e) ter acesso ou requisitar documentos relativos à atividade-fim policial; f) receber da autoridade policial comunicação sobre a prisão de qualquer pessoa, com a indicação do lugar onde se encontra preso; g) recomendar à autoridade competente a instauração de sindicância ou procedimento cabível.*

Art. 58. Os membros do Ministério Público, no exercício de suas funções, poderão: II - requisitar informações, exames periciais e documentos a entidades privadas ou pessoas, para instruir procedimento ou processo em que *officie*; **IV - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, civil ou militar, observado o disposto no art. 129, VIII, da Constituição Federal, podendo acompanhá-los e produzir provas.**

Art. 69. São, ainda, atribuições do Promotor de Justiça: I - inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos prisionais e cadeias públicas, fazendo constar do livro próprio o termo de visita e as providências que entender necessárias; **VII - visitar as delegacias de polícia, fiscalizando o andamento dos inquéritos;**

Ora, se a própria legislação permite que o Ministério Público produza provas nos inquéritos policiais, não se justifica a devolução de inquérito policial para a Delegacia de Polícia quando a prova a ser realizada pode ser produzida pelo próprio órgão ministerial, principalmente se isto der mais celeridade ao feito.

Ademais, quanto à realização de diligências pelo Ministério Público, também já se posicionou a Corregedoria-Geral de Justiça do Paraná, em seu Código de Normas:

6.2.8 - Nos demais casos e com relação aos inquéritos distribuídos a partir de 02.05.2007, a escrivania fará “remessa” dos autos de inquérito à promotoria de justiça com atribuição para atuar no feito, independentemente de despacho judicial, anotando a data da “remessa”.

6.2.8.1 - Na situação do item 6.2.8, todos os atos e diligências preparatórias, por exemplo, requisição de antecedentes, expedição de ofícios, juntadas, movimentação de expedientes, dentre outros, mesmo as imprescindíveis ao oferecimento da denúncia estão ao encargo do Ministério Público.

Ainda, é de destacar que a prova pode ser produzida em qualquer fase da instrução processual, consoante artigo 156, do CPP, cabendo ao agente ministerial demonstrar ao Magistrado a necessidade de produção de alguma prova imprescindível para a demonstração de um fato.

A própria Constituição Federal, após a Emenda Constitucional 45, passou a expressamente prever, no artigo 5º, inciso LXXVIII, o princípio da razoável duração do processo judicial e

administrativo como um direito fundamental, de modo que a dilação do prazo para conclusão do inquérito policial para a produção de provas dispensáveis implica também em uma violação a um direito fundamental dos envolvidos, sejam vítimas ou investigados.

A demora na conclusão do inquérito policial tem efeitos inegáveis sobre a vítima que, já fustigada pela conduta criminosa do agente do delito, não tem resposta do Estado, neste caso representado pela Polícia e pelo Ministério Público, até o ponto em que se depara com um inquérito contendo indícios de autoria e certeza da materialidade sendo arquivado em razão da prescrição. Como justificar tal situação para a sociedade que, além de estar sofrendo as consequências da violência, é quem, com o pagamento dos abusivos impostos, ainda sustenta a máquina estatal? Assim, é direito da vítima também ter seus interesses verdadeiramente tutelados e protegidos.

Neste aspecto, valer citar o Procurador de Justiça Cândido Furtado Maia Neto, em seu texto DIREITOS HUMANOS DAS VÍTIMAS DE CRIME: *a vítima-cidadã exige do Estado a prestação jurisdicional e a tutela dos direitos indisponíveis individuais, como titular do bem jurídico-penal “tutelado”, ou lesado e danificado. A legitimidade da Justiça passa ou começa pela legalidade democrática, onde o Ministério Público como instituição tutora dos direitos das vítimas (de crimes) cidadãos, atende e promove justiça eficiente e na prestação jurisdicional, como dizia Tristão de Ataíde “é preciso restaurar o Direito nas consciências. Para que estas o restaurem nas instituições político-sociais. E se refaça o caminho perdido, restaurando-se o Direito na concepção geral da vida”. O prof. G. Kaiser, do Instituto Max-Planck de Direito Penal da Alemanha, comprova e afirma que o Direito Penal necessita mudar radicalmente, devendo deslocar do seu centro o delinqüente e incluir a vítima, trazendo consequências práticas às instituições da polícia e do Ministério Público, numa nova práxis policial-forense, adequada as exigências sociais e os compromissos de deveres do Estado, na condução e solução das lides penais.*

Noutro viés, o investigado também pode ter interesse na rápida solução do inquérito policial, seja para que possa exercer seu direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa, perante o Judiciário, seja para que fique desde logo demonstrada a sua inocência. A existência de um inquérito policial tramitando em face de um cidadão pode também lhe trazer consequências indesejadas, em especial, se não for efetivamente o autor do crime e o inquérito policial tiver como destino o arquivamento. São muitas as situações em que uma investigação em andamento pode lhe trazer prejuízo, a necessidade de certidão criminal para concorrer a emprego, obtenção de passaporte e visto de entrada para alguns países, concursos públicos, etc. Assim, a indefinição de um inquérito também pode afetar negativamente a vida de um suspeito, caso venha a ser concluído ou arquivado após prazo excessivo de tramitação. Ainda que o investigado venha a ser denunciado, a celeridade da conclusão do inquérito, com o oferecimento de denúncia, pode lhe ser benéfica, porquanto que se for beneficiado com transação penal ou suspensão condicional do processo, a anotação do processo não constará em sua certidão para efeito civil, conforme determina o Código de Normas da Corregedoria Geral de Justiça do Paraná, o que não ocorre enquanto estiver indiciado em inquérito policial em trâmite:

6.17.1.2 - As certidões para outras finalidades serão expedidas “para efeitos civis” e delas não constarão as anotações relativas a:

I - inquérito arquivado;

II - indiciado não-denunciado;

III - não-recebimento de denúncia ou queixa-crime;

IV - trancamento da ação penal;

V - extinção da punibilidade ou da pena;

VI - absolvição;

VII - impronúncia;

VIII - condenação com suspensão condicional da pena não-revogada;

IX - reabilitação não-revogada;

X - condenação à pena de multa, isoladamente, ou à pena restritiva de direitos, não-convertidas, observado o que dispõe o subitem 6.17.1.5;

XI - pedido de explicações em Juízo, interpelação, justificação e peças informativas;

XII - suspensão condicional do processo;

XIII - transação criminal.

Assim, são muitos os instrumentos jurídicos à disposição do agente ministerial para auxiliá-lo na conclusão do inquérito policial, evitando assim a procrastinação do oferecimento da denúncia ou do arquivamento, bem como evitando também a banalização do emprego do artigo 16, do Código de Processo Penal. Uma atuação mais consciente e responsável do Ministério Público, na fase do inquérito policial, possibilita, além da responsabilização penal do agente criminoso, a prevenção geral do crime e a pacificação da sociedade.

Cabe aos órgãos da administração superior do Ministério Público fornecer meios para que os promotores possam atuar de forma mais efetiva e eficiente nos inquéritos policiais e também exigir melhoria da qualidade desta atuação, dando pronta resposta aos anseios da sociedade, que quer alimentação, saúde, educação, habitação, saneamento básico, mas também quer exercer o direito de ir e vir, sem temer por sua vida e pelo seu patrimônio.

Conclusões

- 1) Nos inquéritos policiais em que haja indícios de autoria e prova da materialidade, a denúncia deve ser ofertada desde logo, a fim de evitar prescrição, sensação de impunidade e perecimento da prova;
- 2) As diligências que não são imprescindíveis para o oferecimento da denúncia podem e devem ser requeridas na cota que a acompanha, conforme recomendação da Corregedoria – Geral do Ministério Público do Estado do Paraná – Manual de Atuação do Ministério Público - 2009;
- 3) Cabe ao Ministério Público, incumbido pela Constituição Federal para exercer o controle externo da Polícia – art. 129, VII -, exigir melhoria na qualidade das investigações, bem como celeridade na apuração dos crimes;
- 4) Para evitar a banalização do artigo 16, do CPP, cabe à Corregedoria-Geral do Ministério Público fiscalizar a atuação do Promotor de Justiça, nos inquéritos policiais, inclusive realizando visitas nas Delegacias de Polícia, por oportunidade das correições ordinárias e extraordinárias.

Referências Bibliográficas

JARDIM, Afrânio Silva. Ação Penal Pública: princípio da obrigatoriedade. 4 edição. Revista atualizada segundo a Lei 9.099 de 1995. Editora forense. RJ. 2001.

MAIA NETO, Cândido Furtado. Direitos Humanos das Vítimas de Crime. Justiça democrática à luz do direito vitimal e a tutela dos interesses individuais e sociais indisponíveis da cidadania, ante a vigência da Carta Magna, do Código Penal (Lei n. 7.209/84), Código de Processo Penal (Dec-lei n. 3.689/41), Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/84), c.c. Código Civil (Lei n.º 10.406/2002) e Código de Processo Civil (Lei n.º5.869/73).

<http://www.direitoshumanos.pro.br/artigos.php?id=178>. Acesso em 19 de agosto de 2013.

TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 7ª Edição. Editora Jus Podium. Salvador. 2012.

BONFIM, Edilson Mougénout. Curso de Processo Penal. 2ª Edição. Editora Saraiva. São Paulo. 2007.

CARUNCHO, Alexey Choi. A necessária harmonização entre a persecução penal e a defesa do regime democrático. *In* Questões atuais do Sistema Penal. Estudos em Homenagem ao Professor Roncaglio. Lumen juris/Direito. Rio de Janeiro. 2013.

¹ Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura;

² P. e. IP 2003.1571-5, IP 2002.577-7, IP 2002.1986-7.

³ IP 2010.3073-3.

* Promotora de Justiça da 19ª Promotoria de Justiça de Londrina – Promotoria de Inquéritos Policiais.

Perícia de Voz no Processo Criminal: O Uso do Batvox – um Caso, uma Lição

Cláudia Türner P. Duarte¹

Síntese Dogmática

A perícia de voz, verdadeiro mecanismo de produção de provas no processo criminal, deve ser conduzida por fonoaudiólogo, a partir de análise depurada de todos os elementos da manifestação verbal do falante (voz, fala e linguagem), capazes de imprimir a marca registrada do indivíduo. Nessa esteira, caberá ao Ministério Público pleitear a realização de tal perícia de acordo com a boa técnica profissional, trazendo aos autos todas as informações sobre este método, inclusive no que tange às limitações dos laudos obtidos a partir do sistema BATVOX, os quais devem ser utilizados com muita *cautela* no bojo do processo criminal.

Fundamentação

O presente trabalho foi idealizado após o contato desta Promotora de Justiça com um caso concreto, envolvendo perícia de voz, na 1ª Promotoria de Justiça Criminal de Itaperuna/RJ, no ano de 2012.

Na ocasião, fez-se necessário avaliar o resultado de um laudo elaborado pela Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro, por meio de um sistema/programa denominado BATVOX, cujo resultado foi inconclusivo para a fala atribuída ao réu N.M.R., supostamente integrante de associação criminosa, voltada para a traficância.

Considerando que o áudio acostado aos autos produzido a partir de escuta telefônica, legítima e legal, correspondia à prova essencial no processo criminal, ferramenta imprescindível para a identificação de alguns dos integrantes da organização criminosa, e também para a compreensão da rotina da atividade associativa, e o seu *modus operandis*, tornou-se forçoso aprofundar o conhecimento sobre o sistema em questão, e também buscar eventuais alternativas para a realização da mencionada perícia de voz.

Diante deste cenário, realizou-se contato com o setor especializado de Evidências Digitais e Tecnológicas do Ministério Público do Rio de Janeiro, para que se pudesse estudar a validade do mencionado laudo, e considerar as opções viáveis para a Promotoria de Justiça Criminal, no tocante à produção probatória.

O que seria uma dentre as várias dúvidas que nos perseguem no dia-a-dia da nossa atividade revelou-se uma verdadeira jornada no mundo da fonoaudiologia e da análise da linguagem, uma experiência valiosa para a atividade profissional, sobretudo nas Promotorias Criminais, repassada aos colegas mais próximos, e agora replicada neste trabalho para todos os membros do *Parquet*.

A responsável por esse meu mergulho audacioso em outra área do saber foi justamente a Dra. Maria do Carmo Gargaglione ^{**2}, fonoaudióloga e perita do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, que com muita determinação e paixão, dedicou toda uma tarde de trabalho

para me explicar sobre o fundamento da perícia de áudio e voz, os equívocos do uso do BATVOX, o papel essencial do profissional da fonoaudiologia na avaliação do áudio e a forma correta de quesitação. Vejamos o resultado dessa lição.

A perícia de identificação de falantes corresponde a um processo de análise qualitativa e quantitativa dos parâmetros de voz, fala e linguagem do material questionado, que, por sua vez, será confrontado com o material padrão fornecido pelo sujeito envolvido em uma atividade criminosa. Tal técnica é extremamente eficiente, na medida em que esses três elementos, *voz, fala e linguagem*, guardam entre si relações intrínsecas capazes de individualizar o sujeito.

Muito embora o termo “*perícia de voz*” seja largamente utilizado, ele refere-se apenas a uma porção diminuta do complexo sistema que envolve a comunicação humana, a qual se processa em vários níveis, isto é, desde a elaboração do pensamento até aos ajustes motores finos dos órgãos envolvidos na modificação do som produzido na laringe.

Entende-se por **voz** o som produzido na laringe através da passagem de pulsos de ar da coluna aérea oriunda dos pulmões. A combinação da pressão aérea com o a coaptação das pregas vocais cria variações do som (**voz**) que será modificado pelos articuladores – palato mole, língua, mandíbula, lábios e cavidades produzindo o que chamamos de **fala**. Já o pensamento precisa ser organizado e codificado. Tal processo constitui o elemento mais nobre na individualização do sujeito que é a linguagem. **Em suma, a voz e a fala guardam características peculiares do sujeito, entretanto a linguagem, por ser a expressão do “EU”, é o verdadeiro código de barras que individualiza o falante.**

Com efeito, o trabalho do fonoaudiólogo, perito criminal ou assistente técnico, volta-se para a análise destes três elementos, que juntos determinam a forma singular de expressão do ser humano, permitindo, conseqüentemente, a sua identificação. Tem-se, pois, uma espécie de registro de individualidade, que diferencia o sujeito de todos os demais seres humanos. O perfil dos sujeitos-alvo é formado, assim como um laudo com o resultado desse estudo.

Dito isso, o sistema BATVOX não é capaz de substituir a avaliação feita pelo fonoaudiólogo, ante a precariedade da sua análise, voltada ao elemento mais simples do falante, qual seja, a voz. Como mencionado linhas acima, a voz é uma engrenagem menor deste processo, inábil a imprimir uma marca única do sujeito. Logo, um programa que apenas é capaz de analisar um aspecto parcial do sujeito-alvo, sem o condão de produzir uma resposta final e definitiva da sua individualidade, em comparação ao áudio produzido pela investigação criminal, não deve ser utilizado na condição de ferramenta de perícia criminal, ante a sua inadequação ao fim proposto – a produção de uma certeza, e não de uma meia verdade.

Nessa esteira, o sistema BATVOX apresenta uma série de limitações que o tornam **aceitável** apenas, e somente apenas, na condição de *ferramenta de triagem*. Trata-se da funcionalidade do sistema BATVOX, que afinal, permite a formação de um banco de dados, que uma vez depurado, reduz o universo de milhares de arquivos de áudio a serem examinados pelo especialista.

Ademais, é importante destacar que arquivos com ruído de fundo e outros fenômenos acústicos rotineiros concorrem para a piora do desempenho desse sistema, que é incapaz de isolá-los.

Trata-se, portanto, de um programa insuficiente para o propósito do Ministério Público, qual seja, valer-se de meios de produção de provas eficazes e precisos de identificação dos réus, que respondem a processo criminal, fundados em escutas telefônicas. Afinal, a sociedade almeja que as pessoas que efetivamente foram sujeitos de práticas criminosas respondam

exatamente pelos atos praticados. Nem mais, nem menos. Todos têm interesse em que a perícia à disposição do juízo seja a melhor possível, por um lado, capaz de identificar os sujeitos envolvidos com a conduta criminosa, e, por outro, de afastar a imputação aos sujeitos inocentes, alheios àqueles fatos.

Destaque-se aqui a valiosa lição de NESTOR TÁVORA e ROSMAR RODRIGUES ALENCAR sobre *teoria geral da prova*: “Busca-se o melhor resultado possível, a verdade viável dentro daquilo que foi produzido nos autos. Por isso a importância de processos com qualidade, pois só poderá haver condenação em face da certeza de culpabilidade, e esta não é obtida através de conjecturas ou suposições, e sim por intermédio de um esforço probatório sólido”.³

Em suma, existem questões operacionais e de proficiência técnica em fonoaudiologia que são desconsideradas quando da utilização do Sistema BATVOX, que acaba funcionando como um operador cartesiano de comparação de voz, incapaz de alcançar as sutilezas próprias, e principalmente, subjetivas, do falante, responsáveis por identificar aquele indivíduo como um ser único.

O estudo técnico elaborado pela Dra. Maria do Carmo, apresentado trabalho apresentado na 46ª AES Conference - Audio Forensics: recording, recovery, analysis and interpretation, ocorrida em Denver, no Colorado (EUA) entre os dias 14 e 16 de junho de 2012 foca-se justamente no seguinte: sistemas automáticos de comparação de voz precisam ser operados por profissionais qualificados, capazes de complementar a análise de voz, com as características de fala e linguagem. Além disso, deve haver uma adequação dos canais de captação de som, com análise de questões técnicas pertinentes.

Daí exsurge a importância do fonoaudiólogo no processo de “perícia de voz”. O trabalho desenvolvido pelo perito pode até contar com o apoio do sistema BATVOX, mas deve ser sempre conduzido por responsável técnico devidamente habilitado, especializado no referido ramo profissional. Somente o fonoaudiólogo possui o conhecimento necessário, decorrente da sua formação acadêmica, para identificar os três elementos do falante: (i) voz; (ii) fala e (iii) linguagem, podendo aplicá-lo para a elaboração de laudo final e definitivo sobre o caso concreto. Logo, o sistema BATVOX pode até ser utilizado no processo de perícia, como mencionado, porém, repise-se, como um elemento de apoio, como complementação para o exercício da atividade do perito. Nunca, em hipótese alguma, deverá ser utilizado isoladamente, como substitutivo dessa atividade, ante a sua incapacidade de produzir um resultado satisfatório, ante o propósito do processo criminal.

Esse é o posicionamento assumido pela equipe técnica do Ministério Público, integrante do DEDIT (Divisão de Evidências Digitais e Tecnologia), a qual tem dedicado grande energia em estudar os corretos mecanismos de identificação do falante pela análise comparativa da sua manifestação verbal, consistente na voz, fala e linguagem.

Tal tema tem sido objeto de intensos debates no Ministério Público do Rio de Janeiro, uma vez que a Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro vem operando o mencionado sistema, de forma inadequada, com pessoal não especializado, e sem qualquer complementação ou análise técnico-subjetiva, e operacional do sistema. Logo, o programa BATVOX tem sido apresentado como uma espécie de substitutivo do papel do perito de voz e linguagem, sem que seja efetivamente esclarecido ao Poder Judiciário acerca da sua inadequação para o processo criminal.

Destarte, entende esta signatária que o Ministério Público deve estar atento para este cenário, posicionando-se de maneira firme e contundente nos feitos em que sejam

apresentados laudos com base apenas no BATVOX. Caberá ao Ministério Público trazer aos autos e para o conhecimento do juízo, todas as características do trabalho de “*perícia de voz*”, o papel do fonoaudiólogo, o funcionamento e os limites do programa BATVOX, de forma que o Magistrado possa formar o seu livre convencimento, com a compreensão clara da diferença dos laudos produzidos: (i) única e exclusivamente pelo programa BATVOX; (ii) pelo programa BATVOX, operado por profissional habilitado – fonoaudiólogo; e (iii) pelo fonoaudiólogo, a partir de análise depurada de todos os elementos da manifestação verbal do falante (voz, fala e linguagem), efetivamente capazes de formular a marca registrada do indivíduo.

Afinal, o direito processual penal brasileiro, como todos sabem, adotou o sistema de apreciação de prova reconhecido como “*sistema do livre convencimento motivado*” ou da “*persuasão racional*”, o qual permite ao juiz a livre valoração das provas, desde que acompanhado da motivação pertinente, nos termos do art. 155, *in verbis*:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Novamente aqui, convém destacar os ensinamentos dos juristas Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar: “*A liberdade do julgador lhe permite avaliar o conjunto probatório em sua magnitude e extrair da prova a sua essência, transcendendo ao formalismo castrador do sistema da certeza legal. Não existe hierarquia entre as provas, cabendo ao juiz imprimir na decisão o grau de importância das provas produzidas*”.⁴

Logo, convém repisar o entendimento acima esposado: é de suma importância que o Promotor de Justiça com atribuição criminal traga aos autos todas as informações pertinentes à perícia de voz, o papel do fonoaudiólogo, e as limitações do sistema BATVOX, de modo a permitir que o Magistrado perceba o laudo oriundo desse sistema operacional como um elemento probatório de pouca técnica, e, portanto, não essencial à formação da sua convicção, e ao revés, identifique no laudo produzido pelo fonoaudiólogo, prova robusta, a influir de modo significativo no seu convencimento sobre o caso concreto.

Nessa esteira, cabe também ao Ministério Público, como representante da sociedade, pleitear ao juízo que a “*perícia de voz*” seja elaborada da melhor forma possível, consoante fórmula apontada no item (iii) do parágrafo seguinte, como forma de garantir um processo justo, formado a partir de perícia que de fato atende aos seus fins, adequadas ao propósito de identificar com exatidão e definitividade a pessoa do falante no áudio produzido no bojo da investigação criminal.

Para tanto, é imprescindível que o Ministério Público acompanhe com atenção a nomeação do perito responsável pela “*perícia de voz*”, garantindo a sua aptidão para o encargo a ele imposto, profissional da fonoaudiologia, se possível indicando assistente técnico com a mesma qualificação profissional, responsável por garantir a validade e a boa técnica do trabalho desenvolvido junto ao juízo.

Nessa toada, é também essencial a formulação de quesitos pertinentes, aptos a embasar um laudo com respostas coerentes, e alinhadas ao seu propósito final: a identificação do sujeito-alvo. Assim, reproduz-se aqui o modelo sugerido pela DEDIT do MPRJ:

A) É possível afirmar que o acusado N.M.R., conhecido também pelo vulgo “*Negão*”, requerente da perícia de voz, é a mesma pessoa que efetivamente participou dos diálogos

contidos no arquivo de áudio com índices 1366102 – (CD 01, fls. 30, volume 1); 1388800 – (CD 03, fls. 109, volume 1); 1389932 – (CD 03, fls. 109, volume 1), (etc.)

- B) Os diálogos destacados linhas acima, identificados por seus índices, parecem indicar algum tipo de atividade ilícita? Sobre o tema, requer o MP tenham os peritos as considerações que entenderem pertinentes ao caso em comento.
- C) Tais diálogos estão devidamente indicados no relatório da Polícia Civil e/ou acostados aos autos, por meios de mídia, tendo a equipe técnica acesso aos mesmos? Tais diálogos foram objeto de edição fraudulenta ou qualquer manipulação ilícita que pudesse comprometer a sua validade?
- D) Indiquem os ilustres peritos outras considerações que entenderem pertinentes ao caso concreto.

Assim sendo, depois de uma brilhante aula sobre perícia de voz, linguagem, e fonoaudiologia, elaborei a manifestação, fundamentada nos argumentos aqui expostos, e solicitei a complementação da perícia de voz, a partir da análise da equipe técnica do MPRJ, integrante da DEDIT, instruída com a quesitação própria, para que assim o estudo fosse realizado de forma técnica, e coerente com a proposta da perícia em questão.

Na condição de Promotora de Justiça Substituta, perdi os capítulos seguintes desse caso, e não tenho como apaziguar a curiosidade dos queridos leitores. Continuo sem saber se a voz no áudio era de fato de N. M. R. Mas acredito que o caminho trilhado foi o verdadeiro alvo desse processo: entender de fato o que está por trás da perícia de voz, a sua técnica, o papel do profissional responsável pela elaboração do estudo, e conseqüentemente do laudo, e por fim, os limites e imperfeições do Sistema BATVOX.

Tais estudos vêm-se mostrando deveras importante no cenário fluminense, ante a postura adotada pela Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro, que vem propagando o sistema BATVOX como um programa apto a produzir por si só resultados periciais eficientes. *Data máxima vênia* aos seus idealizadores, operadores e defensores, entendo que a “perícia de voz” somente alcançará o seu intento se pautada pela análise técnica do especialista em fonoaudiologia, capaz de depurar a manifestação verbal do falante, a partir da *voz, fala e linguagem*. Nessa esteira, as limitações do sistema BATVOX devem ser difundidas e expostas aos sujeitos do processo criminal, sobretudo, ao Magistrado, sob pena deste sistema ser utilizado de forma equivocada, representando, assim, um lastimável retrocesso para a produção probatória no direito processual penal, que objetiva, ao fim, *demonstrar da verdade dos fatos*.

¹* Promotora de Justiça Substituta do Ministério Público do Rio de Janeiro

²**Diretora do DEDIT (Divisão de Evidências Digitais e Tecnológicas) do Ministério Público do Rio de Janeiro.

³ TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. Bahia: Editora PODIVM, 2010. p. 346.

⁴ TÁVORA, Nestor e ALENCAR, *Op. Cit.* p. 369.

A Atuação do Ministério Público no Âmbito Criminal – uma Forma de Reduzir e Prevenir a Propagação de Dengue – Experiência na Comarca de Palotina (PR)

Cristiane Aparecida Ramos¹

Alair Koenig²

Ítalo João Chiodelli³

Objeto

Pretende-se com este trabalho debater a importância da atuação do Ministério Público no âmbito criminal para reduzir e prevenir a propagação dos focos do mosquito *aedes aegypti*, e conseqüentemente, do aumento no número de casos de pessoas acometidas de dengue.

Introdução

O dengue é uma doença infecciosa aguda de etiologia viral e possui 4 sorotipos (DEN-1, DEN-2, DEN-3 e DEN-4). O vírus é transmitido pela picada da fêmea do mosquito *Aedes aegypti*. Ocorre principalmente em áreas tropicais e subtropicais do mundo, inclusive no Brasil. As epidemias geralmente ocorrem no verão, durante ou imediatamente após períodos chuvosos.⁴

O quadro clínico é amplo, apresentando desde uma síndrome febril inespecífica até situações graves como hemorragia, choque e às vezes óbito.

A doença vem preocupando as autoridades sanitárias em vários países de todos os continentes, trata-se da arbovirose de maior incidência no mundo, sendo endêmica em todos os continentes, exceto na Europa.⁵ Ocorre no Brasil pois as condições do meio ambiente, aliadas a características urbanas, favorecem o desenvolvimento e a proliferação do mosquito transmissor, o *Aedes aegypti*.

É inegável a repercussão pública relacionada à ocorrência da dengue, considerando a oscilação preocupante que a moléstia vem experimentando ano a ano no país, inclusive no Paraná. Apresenta vítimas em número que tende a crescer, o que é agravado, em certos casos, pelo caráter potencialmente letal da doença.

A profilaxia depende de erradicação ou controle do *Aedes aegypti*. Desta maneira, foi estabelecida uma política de saúde pública específica, com práticas e recursos previstos no [Programa Nacional de Controle da Dengue \(PNCD\)](#) e [Diretrizes Nacionais para a Prevenção e Controle de Epidemias de Dengue](#).

A organização atual do espaço dos grandes centros urbanos e a situação da população de mosquitos no país levaram a conclusão de que a erradicação do *Aedes aegypti* não é mais viável; assim, o Ministério da Saúde passou a recomendar não mais a erradicação, mas sim o

controle, ou seja, a redução permanente da densidade vetorial, o que só será possível com a eliminação definitiva de criadouros que respondem por grande parte da reprodução do vetor.⁶ O mosquito transmissor de dengue tem acentuada preferência por recipientes contendo água relativamente limpa, embora tenha sido observado em ambientes poluídos.⁷

A partir disso fez-se necessário adotar medidas necessárias que venham atingir as pessoas para que elas possam mudar de atitudes contribuindo de forma mais efetiva no controle do vetor.

Entre os diversos atores estatais encarregados da adoção de medidas práticas em torno deste assunto, destaca-se o Ministério Público.

A atuação ministerial

Segundo o art. 127, caput, da CF, 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”.

Nas palavras de Hugo Nigro Mazzilli:

“O Ministério Público é um órgão do Estado, essencial não só para preservar a inércia do Poder Judiciário mas também para garantir acesso efetivo à jurisdição em lesões a interesses públicos ou coletivos, cujas finalidades essenciais consistem no zelo pela ordem jurídica, pelo regime democrático e pelos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Entre suas principais funções, estão: a) combater a criminalidade, provocando a prestação jurisdicional do estado em face dos autores de crimes de ação pública; b) zelar para que os Poderes Públicos e os serviços de relevância pública obedeçam aos direitos assegurados na Constituição Federal; c) defender o regime democrático; d) defender o interesse público, os interesses sociais, os interesses transindividuais e os interesses individuais indisponíveis. Entre seus principais instrumentos de trabalho estão a ação penal pública, a ação civil pública, o inquérito civil e as diversas hipóteses de intervenção processual, entre outros.”

Ao definir a saúde como direito social (art. 6º, C.F.), de todos e dever do Estado (art. 196, C.F.), caracterizando suas ações e serviços como de relevância pública (art. 197, C.F.) e integrantes de um SUS Sistema Único de Saúde hierarquizado, descentralizado, com atendimento gratuito, universal, igualitário e integral e com participação da comunidade (arts. 196 e 198, C.F., Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990 e Lei nº 8.142, de 28 dezembro de 1990), que são executados diretamente pelo Poder Público (União, Estados e Municípios) ou de forma complementar pela iniciativa privada, sob fiscalização dos órgãos públicos (arts. 197 e 199, C.F.), a Constituição Federal de 1988 conferiu ao Ministério Público a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis da população na área de Saúde Pública, por meio de medidas extrajudiciais e judiciais, bem como, do exercício de atividades indutoras de políticas públicas.⁸

A partir destes horizontes gerais, clara está a legitimidade postulatória do Ministério Público em tema de saúde, que poderá ser revelada num amplo leque de possibilidades concretas em relação ao **Dengue**, suscitando múltiplas intervenções envolvendo o manejo jurídico-sanitário

da doença.

Uma das hipóteses de abordagem pelo Ministério Público é exatamente no **âmbito penal**.

Natureza do tipo penal

O Direito Penal tem como função a proteção de bens jurídicos, isto é, valores ou interesses reconhecidos pelo Direito e imprescindíveis à satisfação do indivíduo ou da sociedade. Apenas os interesses mais relevantes são erigidos à categoria de bens jurídicos penais, o legislador seleciona, em um Estado Democrático de Direito, os bens especialmente relevantes para a vida social e, por isso mesmo, merecedores da tutela penal.⁹

Algo que os promotores precisam estar atentos é quanto a responsabilidade penal das pessoas que não colaboram com o Poder Público para reduzir os potenciais focos ou criadouros do mosquito *aedes aegypti*.

Neste sentido, chama a atenção a previsão do artigo 268 do CP:

“Infração de medida sanitária preventiva

Art. 268 - Infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa:

Pena - detenção, de um mês a um ano, e multa.

Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se o agente é funcionário da saúde pública ou exerce a profissão de médico, farmacêutico, dentista ou enfermeiro.”

Rogério Greco ensina que o núcleo infringir é utilizado no sentido de violar, desrespeitar, ignorar, descumprir determinação do poder público, sendo que a determinação do poder público deverá ser destinada a impedir a introdução ou propagação de doença contagiosa.¹⁰

Trata-se de norma penal em branco, que se completa com a existência de outra lei, decreto, portaria ou regulamento que tenha caráter de ordem ou proibição¹¹.

A infração do art. 268 do CP deve ser entendida à luz das Portarias n.º 1.172/04, que regulamenta a competência da União, Estados e Municípios na área epidemiológica, e n.º 1.933/03 GM, que institui o Programa Nacional de Controle do Dengue (PNCD), ambas do Ministério da Saúde, bem como nos demais atos administrativo-sanitários pertinentes.¹²

A expressão “determinação do poder público”, colocada no art. 268, vários autores têm-na no sentido de ser qualquer ato normativo (portaria, decreto, lei, etc.), que contenha preceitos imperativos e específicos e não simples recomendações ou conselhos à população.¹³

A leitura do artigo 2º¹⁴, do Código de Saúde do Paraná, torna possível inferir que também é dever das pessoas prover condições indispensáveis ao exercício do direito à saúde, estando o cidadão compelido a tomar as medidas preventivas necessárias.

Assim, no que se refere à ação do cidadão comum que, de alguma forma, embaraça ou impede a ação dos órgãos de controle sanitário, a norma penal em branco pode, em tese, encontrar o seu complemento no artigo 63, inciso XXXVII, da Lei n.º 13.331/2001 (Código de Saúde do Paraná):

“Art. 63. *Constituem infrações sanitárias as condutas tipificadas abaixo:*

(...)

XXXVII. *obstar ou dificultar a ação fiscalizadora das autoridades sanitárias*

competentes, no exercício de suas funções.

Pena - advertência e/ou multa.”

No que respeita à configuração do elemento normativo impróprio do artigo 268 do Código Penal, isto é, a “doença contagiosa”, sabe-se que, tecnicamente, a moléstia se caracteriza por ser de natureza infecciosa aguda transmitida por contágio indireto, através da inoculação viral.¹⁵

Nas palavras de Ney Moura Teles, citado por Rogério Greco em seu livro:

“Doença contagiosa é o agravo à saúde, determinado por um agente infeccioso específico ou por seus produtos tóxicos e que pode ser de transmissão por diversos mecanismos. É também chamada de doença infecto-contagiosa ou doença transmissível.

A norma só se refere a doenças que acometem os humanos, não os animais ou vegetais, mas pode a determinação do poder público recair sobre o cuidado com animais e vegetais, quando estes possam integrar-se na série causal de propagação da doença.”¹⁶

Em seu voto, o Juiz Relator Leo Henrique Furtado Araújo, asseverou que o crime do art. 268 do CP é de perigo abstrato, que se consuma independentemente de resultado. Portanto, não há necessidade de que seja constatada epidemia no local, ou que tenha sido verificado foco do mosquito. Consuma-se o delito com a simples desobediência à determinação do Poder Público destinada a impedir a introdução ou propagação de doença contagiosa. O nome do crime dado pelo legislador penal (Infração de medida sanitária preventiva) enfatiza que se trata de uma medida preventiva, ou seja, tendente a evitar justamente as doenças contagiosas como o Dengue.¹⁷

Neste sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do **Paraná**:

“APELAÇÃO CRIMINAL. INFRAÇÃO DE MEDIDA SANITÁRIA PREVENTIVA (ART. 268, DO CP) - DEPÓSITO DE RECICLÁVEIS A CÉU ABERTO. NORMA ESTADUAL QUE VISA EVITAR A PROLIFERAÇÃO DO MOSQUITO TRANSMISSOR DA “DENGUE”. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS PELO CONJUNTO PROBATÓRIO. CRIME DE PERIGO ABSTRATO - DESNECESSIDADE DA VERIFICAÇÃO DO RESULTADO. SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. Recurso conhecido e desprovido. DECISÃO: Diante do exposto, decidem os Juízes Integrantes da Turma Recursal Única dos Juizados Especiais do Estado do Paraná, conhecer do recurso e, no mérito, negar-lhe provimento, nos exatos termos do voto.” (TJPR - TURMA RECURSAL ÚNICA - 20090013958-1 - Maringá - Rel.: LEO HENRIQUE FURTADO ARAUJO - - J. 14.05.2010)

A pena cominada ao delito de infração de medida sanitária preventiva é de detenção, de um mês a um ano, e multa. Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito de infração de medida sanitária preventiva, sendo possível a proposta de transação penal e de proposta de suspensão condicional do processo.¹⁸

Experiência prática na Comarca de Palotina

O clima tropical e o alto índice pluviométrico dos meses de dezembro a março na região de Palotina (oeste do Paraná), aliado a falta de conscientização da população, traz como consequência, um local ideal a proliferação do mosquito *aedes aegypti*. Desta feita, está se tornando comum os altos índices de infestação do mosquito e um número elevado de casos confirmados de dengue na população palotinese.

Para conter uma iminente epidemia que assolava esta região e todo o resto do País, medidas emergenciais precisavam ser tomadas. Assim, a cerca de quatro anos, na cidade de Palotina, foi elaborado um Roteiro para conter os focos de dengue e seus propagadores. Os agentes de endemia fazem o seu trabalho rotineiro de vistoria nas residências desta cidade, e quando localizado um potencial criadouro de mosquito, o morador é notificado¹⁹ a realizar a adequação do local, e na próxima vistoria da autoridade sanitária, caso não esteja regularizado, será instaurado Termo Circunstanciado, ou seja, o infrator (propagador de doença infecto-contagiosa) responderá um processo criminal, sendo que num primeiro momento, caso atenda os requisitos, é proposto o benefício da transação penal, consistente em prestação pecuniária, a qual é destinada ao Fundo Municipal da Saúde ou a Associação de Amigos do Hospital Municipal de Palotina, como forma de recompor os gastos com a saúde pública decorrentes dos casos de dengue; também é proposta a obrigação de eliminação do potencial foco do mosquito *aedes aegypti*, cuja fiscalização cabe a autoridade sanitária.

Esta atitude mais enérgica (desencadeamento de ação penal) se deve ao fato de que estamos passando por um momento delicado de iminente risco de epidemia de dengue no país todo, ainda mais com a entrada no Brasil do DEM 4, e se as simples visitas realizadas pelos agentes não surtem efeito, o desencadeamento de uma sanção penal (legalmente autorizada pelo CP conforme já explanado linhas acima) tem-se mostrado mais eficaz no controle da doença. Isto porque estamos lidando com pessoas comuns da sociedade, e não com infratores que possuem uma “carreira criminal”.

Cumprindo ao Poder Público de todas as esferas de Governo, adotar medidas eficazes para controlar a propagação desta doença infecto-contagiosa, que muitas vezes, é mortal, cabendo, também ao Ministério Público, órgão incumbido de zelar pela sociedade, adotar todas as medidas que estão ao seu dispor, inclusive realizar um trabalho conjunto com as Secretarias Municipais de Saúde, e desencadeado a devida persecução penal dos infratores de medidas sanitárias preventivas, no caso, para reduzir o número de focos do mosquito e casos de pessoas acometidas de dengue.

Conclusões

Do exposto acima, é possível se extrair as seguintes conclusões:

- a) O dengue vem preocupando as autoridades sanitárias em vários países de todos os continentes, e no Brasil ela ocorre, pois as condições do meio ambiente, aliadas a características urbanas, favorecem o desenvolvimento e a proliferação do mosquito transmissor, o *Aedes aegypti*. A partir disso faz-se necessário adotar medidas necessárias que venham atingir as pessoas para que elas possam mudar de atitudes contribuindo de forma mais efetiva no controle do vetor;
- b) A Constituição Federal de 1988 conferiu ao Ministério Público a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis da população na área de Saúde Pública, por meio de medidas extrajudiciais e judiciais, bem como, do exercício de atividades indutoras

de políticas públicas;

- c) Clara está a legitimidade postulatória do Ministério Público em tema de saúde, que poderá ser revelada num amplo leque de possibilidades concretas em relação ao dengue, suscitando múltiplas intervenções envolvendo o manejo jurídico-sanitário da doença, sendo que uma das hipóteses de abordagem pelo Ministério Público é exatamente no âmbito penal;
- d) No âmbito penal, o Ministério Público tem a disposição a infração do art. 268, do CP, a qual consoma-se com a simples desobediência à determinação do Poder Público destinada a impedir a introdução ou propagação de doença contagiosa, neste caso, da doença conhecida por dengue. Este crime (Infração de medida sanitária preventiva) enfatiza que se trata de uma medida preventiva, ou seja, tendente a evitar justamente as doenças contagiosas como o Dengue;
- e) Cumpre ao Poder Público de todas as esferas de Governo, adotar medidas eficazes para controlar a propagação desta doença infecto-contagiosa, que muitas vezes, é mortal, cabendo, também ao Ministério Público, órgão incumbido de zelar pela sociedade, adotar todas as medidas que estão ao seu dispor, inclusive realizar um trabalho conjunto com as Secretarias Municipais de Saúde, e desencadeado a devida persecução penal dos infratores de medidas sanitárias preventivas, no caso, para reduzir o número de focos do mosquito e casos de pessoas acometidas de dengue.

Referências bibliográficas

- DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal Interpretado*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- MASSON, Cleber. *Direito penal Esquematizado: Parte Geral*. 4. ed. São Paulo: Método, 2011.
- GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito Penal Esquematizado: Parte Especial*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MONGIN, Bruna Oliosi. "Importância do conhecimento por parte da população sobre a dengue, seus vetores e medidas de controle em Cachoeira de Itapemirim - ES." *Cadernos Camilliani*, n. 2, v. 5, p. 21-27.
- SEPÚLVEDA, Hosana Viana Rios; AMARAL, Raquel Juliana Vionette do. "Epidemiologia da dengue e a influência da educação em saúde na prevenção e controle da doença no município de Cachoeira de Itapemirim – ES, 2000-2004." *Cadernos Camilliani*, n. 1, v. 7, p. 65-81, jan./jun.2006.
- Disponível em: http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/Saude_Publica. Acesso em: 23 ago. 2013.
- Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/32009001395810201005241/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-20090013958-1>>. Acessado em: 23 ago. 2013.

ANEXO I

(modelo de notificação)

NOTIFICAÇÃO

Considerando-se o surto de dengue hemorrágica que aflige nosso País, bem como o fato da cidade de *** já ter sofrido com surtos de dengue no passado e, ainda visando prevenir o aparecimento de outros casos, **n o t i f i c a m o s** o Sr. (a) _____, residente na Rua _____, nº _____, nesta cidade e

Comarca de ***-PR, para que no prazo de _____ dias corridos, providencie as melhorias, abaixo assinaladas.

Salientamos, ainda, que tais medidas estão embasadas no artigo 37, inciso I, artigo 63, inciso XLVII, ambos da Lei Estadual nº 13.331/2001, artigo 68, inciso XIII, nºs 3 e 11 da Lei Complementar Estadual nº 85/99, e que o não cumprimento das determinações abaixo indicadas poderá caracterizar a prática, em tese, de **CRIME** de infração de medida sanitária preventiva, **DESCRITO NO ARTIGO 268 DO CODIGO PENAL**¹, sem prejuízo da **MULTA ADMINISTRATIVA**.

Providências a serem adotadas no prazo acima estabelecido:

- () Não jogar lixo em terreno baldios;
- () Retirada de animais, bem como a limpeza das respectivas áreas;
- () Limpeza geral no quintal (lixo acumulado a céu aberto);
- () Tampa para caixa d'água;
- () Não manter recipientes que acumulem água expostos a céu aberto ou mante-los com o orifício de abertura (boca) para baixo (latas, garrafas, pneus, tambores, caixa d'água em desuso, sucatas, etc.);
- () Ligar água servida e/ou residuais para fossa;
- () Trocar a água e lavar com freqüência os bebedouros dos animais: cães, gatos e pássaros;
- () Outras providencias a seguir especificadas:

Vale lembrar, ainda, que qualquer resistência ou impedimento da entrada dos agentes de saúde nas residências, poderá ensejar propositura de medida judicial cabível, além das demais já mencionadas.

(cidade), _____ de _____ de 2013.

AUTORIDADE SANITÁRIA

¹ Art.268. Infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa:

Pena – detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano e multa.

ANEXO II

(modelo de requerimento de TC)

EXCELENTÍSSIMA SENHORA DOUTORA JUÍZA DE DIREITO DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL DA COMARCA DE ***:

O Ministério Público do Estado do Paraná, através da Promotora de Justiça, que esta subscreve, vem através do presente, expor e ao final requerer:

A Constituição Federal em vigor, ampliando o campo de atuação do Ministério Público, atribuiu-lhe a incumbência da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e **dos interesses sociais e individuais indisponíveis** (art. 127), ao mesmo tempo em que, dentre outras funções institucionais, confiou-lhe **zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e**

dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na C.F., promovendo as necessárias medidas à sua garantia (artigo 129, inciso II). Idêntica é a idéia que vem no artigo 120, inciso II, da Constituição Estadual do Paraná. No campo da legislação ordinária, as referências correspondentes são o art. 25, da L.F. n° 8625/93, e o art. 2°, IV, a, da L.C. E. n° 85/99.

A saúde se inclui entre os interesses sociais e individuais indisponíveis, constituindo verdadeiro direito fundamental do indivíduo e das gentes.

É a única matéria dita pela C.F. como sendo de **relevância pública** (art. 197, C.F.). Nenhuma outra o é expressamente.

É ela, também, um **direito social**, inscrito no art. 6° da Carta Federal.

A partir destes horizontes gerais, clara está a legitimidade postulatória do Ministério Público em tema de saúde, que poderá ser revelada num amplo leque de possibilidades concretas em relação ao **Dengue**, suscitando múltiplas intervenções envolvendo o manejo jurídico-sanitário da doença.

Uma das hipóteses de abordagem pelo Ministério Público é exatamente na **seara penal**.

A guarda de bens jurídicos no campo penal se dá, principalmente, através de figuras típicas como os crimes de epidemia (art. 267 do CP) e omissão de notificação de doença (art. 269 do CP).

Chama a atenção, entretanto, a **previsão do artigo 268 do CP (“infringir determinação do poder público destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa”)**.

Trata-se de norma penal em branco *stricto sensu*. Deve ser entendida à luz das Portarias n.º 1.172/04, que regulamenta a competência da União, Estados e Municípios na área epidemiológica, e n.º 1.933/03 GM, que institui o Programa Nacional de Controle do Dengue, ambas do Ministério da Saúde, bem como nos demais atos administrativo-sanitários pertinentes.

A expressão “determinação do poder público”, colocada no art. 268, vários autores têm-na no sentido de ser qualquer ato normativo (portaria, decreto, lei, etc.), que contenha preceitos imperativos e específicos e não simples recomendações ou conselhos à população.

A leitura do artigo 2°, do Código Sanitário do Paraná, torna possível inferir que também é **dever** das pessoas prover condições indispensáveis ao exercício do direito à saúde, estando o cidadão compelido a tomar as medidas preventivas necessárias, além de lhe ser defeso “obstar ou dificultar a ação fiscalizadora das autoridades sanitárias competentes, no exercício de suas funções”.

Assim, no que se refere à ação do **cidadão** comum que, de alguma forma, embaraça ou impede a ação dos órgãos de controle sanitário, a norma penal em branco pode, em tese, encontrar o seu complemento no artigo 63, inciso XXXVII, da Lei n.º 13.331/2001 (constitui infração sanitária a conduta de obstar ou dificultar a ação fiscalizadora das autoridades sanitárias competentes, no exercício de suas funções. Pena - advertência e/ou multa).

No que respeita à configuração do elemento normativo impróprio do artigo 268 do diploma penal, isto é, a “doença contagiosa”, sabe-se que, tecnicamente, a moléstia se caracteriza por ser de natureza infecciosa aguda **transmitida por contágio** indireto, através da inoculação viral.

O crime do art. 268 do CP trata-se de crime de perigo abstrato, que se consuma independentemente de resultado. Portanto, não há necessidade de que seja constatada

epidemia no local, ou que tenha sido verificado foco do mosquito. Consuma-se o delito com a simples desobediência à determinação do Poder Público destinada a impedir a introdução ou propagação de doença contagiosa. O nome do crime dado pelo legislador penal (Infração de medida sanitária preventiva) enfatiza que se trata de uma medida preventiva, ou seja, tendente a evitar justamente as doenças contagiosas como o Dengue.

Neste sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do **Paraná**:

“APELAÇÃO CRIMINAL. INFRAÇÃO DE MEDIDA SANITÁRIA PREVENTIVA (ART. 268, DO CP) - DEPÓSITO DE RECICLÁVEIS A CÉU ABERTO. NORMA ESTADUAL QUE VISA EVITAR A PROLIFERAÇÃO DO MOSQUITO TRANSMISSOR DA “DENGUE”. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS PELO CONJUNTO PROBATÓRIO. CRIME DE PERIGO ABSTRATO - DESNECESSIDADE DA VERIFICAÇÃO DO RESULTADO. SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. Recurso conhecido e desprovido. DECISÃO: Diante do exposto, decidem os Juízes Integrantes da Turma Recursal Única dos Juizados Especiais do Estado do Paraná, conhecer do recurso e, no mérito, negar-lhe provimento, nos exatos termos do voto.” (TJPR - TURMA RECURSAL ÚNICA - 20090013958-1 - Maringá - Rel.: LEO HENRIQUE FURTADO ARAUJO - - J. 14.05.2010)

Esclareço que nesta cidade de *** já existem mais de 50 casos de dengue confirmados, o que denota que estamos quase chegando a uma epidemia.

Para conter esta iminente epidemia que assola todo o País, medidas emergenciais precisavam ser tomadas. Assim, a cerca de quatro anos, nesta cidade de Palotina, foi elaborado um Roteiro para conter os focos de dengue e seus propagadores. Os agentes de endemia fazem o seu trabalho rotineiro de vistoria nas residências desta cidade, e quando localizado um potencial criadouro de mosquito, o morador é notificado a realizar a adequação do local, e na próximo vistoria, caso não esteja regularizado, será instaurado Termo Circunstanciado, ou seja, o infrator (propagador de doença infecto-contagiosa) responderá um processo criminal.

Esta atitude mais enérgica (desencadeamento de ação penal) se deve ao fato de que estamos passando por um momento delicado de iminente risco de epidemia de dengue no país todo, e se as simples visitas realizadas pelos agentes não surtem efeito, o desencadeamento de uma sanção penal (legalmente autorizada pelo CP conforme já explanado linhas acima) tem-se mostrado mais eficaz no controle desta praga.

Cumprando ao Poder Público de todas as esferas de Governo, adotar medidas eficazes para controlar a propagação desta doença infecto-contagiosa, que muitas vezes, é mortal.

Diante de todo o exposto, o Ministério Público requer sejam os documentos em anexo, autuados como **Termo Circunstanciado** figurando como noticiado ***, pela prática, em tese, do **crime do artigo 268 do Código Penal**.

Também requeremos sejam certificados os antecedentes do noticiado pelo sistema oráculo e a designação de audiência preliminar, informando que o noticiado poderá ser encontrado na Rua ***/PR.

Termos em que,
Pede deferimento.
(cidade), (data).

Promotor de Justiça

- 1 Promotora de Justiça com atribuições criminais e de proteção da saúde pública (2ª Promotoria de Justiça da Comarca de Palotina-PR)
- 2 Assessora de Promotor de Justiça (2ª Promotoria de Justiça da Comarca de Palotina-PR)
- 3 Estagiário de Graduação (2ª Promotoria de Justiça da Comarca de Palotina-PR)
- 4 MONGIN, Bruna Oliosi. “Importância do conhecimento por parte da população sobre a dengue, seus vetores e medidas de controle em Cachoeira de Itapemirim - ES.” *Cadernos Camilliani*, n. 2, v. 5, p. 21-27.
- 5 SEPÚLVEDA, Hosana Viana Rios; AMARAL, Raquel Juliana Vionette do. “Epidemiologia da dengue e a influência da educação em saúde na prevenção e controle da doença no município de Cachoeira de Itapemirim – ES, 2000-2004.” *Cadernos Camilliani*, n. 1, v. 7, p. 65-81, jan./jun.2006.
- 6 MONGIN, Bruna Oliosi. “Importância do conhecimento por parte da população sobre a dengue, seus vetores e medidas de controle em Cachoeira de Itapemirim - ES.” *Cadernos Camilliani*, n. 2, v. 5, p. 21-27.
- 7 SEPÚLVEDA, Hosana Viana Rios; AMARAL, Raquel Juliana Vionette do. “Epidemiologia da dengue e a influência da educação em saúde na prevenção e controle da doença no município de Cachoeira de Itapemirim – ES, 2000-2004.” *Cadernos Camilliani*, n. 1, v. 7, p. 65-81, jan./jun.2006.
- 8 Disponível em: http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/Saude_Publica. Acesso em: 23 ago. 2013.
- 9 MASSON, Cleber. *Direito penal Esquematizado: Parte Geral*. 4. ed. São Paulo: Método, 2011. p.9.
- 10 GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p.776.
- 11 DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 681.
- 12 Disponível em: <<http://www.saude.caop.mp.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=354>>. Acessado em: 23 ago. 2013.
- 13 GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito Penal Esquematizado: Parte Especial*. São Paulo: Saraiva, 2011. p.
- 14 “Art. 2º. É dever do Estado, através da Política Estadual de Saúde, e dentro de sua competência, prover as condições indispensáveis ao exercício do direito de saúde, garantido a todo cidadão.
Parágrafo único. **O dever do Estado de prover as condições e as garantias para o exercício do direito à saúde não exclui** o dos municípios, **das pessoas**, da família, das empresas e da sociedade.”
- 15 Disponível em: <<http://www.saude.caop.mp.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=354>>. Acessado em: 23 ago. 2013.
- 16 GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p.776.
- 17 Disponível em: < <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/32009001395810201005241/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-20090013958-1>>. Acessado em: 23 ago. 2013.
- 18 GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p.778.
- 19 Notificação esta proveniente do Ministério Público em conjunto com a Autoridade Sanitária, cujo modelo se encontra no ANEXO I.

O Ministério Público como Definidor de Políticas Criminais e sua Interligação com os Demais Órgãos Estatais Incumbidos da Investigação Criminal

*Emiliano Antunes Motta Waltrick*¹*

Síntese Dogmática: A presente tese tem por objetivo analisar o atual papel que o Ministério Público exerce no sistema jurídico-criminal, notadamente ante sua atual conformação constitucional e abordando principalmente sua atuação ainda na fase de investigação. Após um pequeno preâmbulo histórico acerca das origens da instituição, especialmente no ordenamento jurídico brasileiro, analisa-se a atribuição do Ministério Público como titular da ação penal, que redundava em seu interesse no andamento das investigações preliminares. Conclui-se que diante da adoção de um sistema processual penal acusatório o destinatário final da investigação é o Ministério Público, o que implica em um dever de acompanhar também o desenvolvimento da fase pré-processual. Aborda-se, ainda, a necessidade de uma atuação alinhada, integrada e coesa dos órgãos incumbidos de investigação criminal, pois o Ministério Público como órgão constitucionalmente incumbido da ação penal pública deve velar pela construção de uma base sólida que lhe dê fundamento, o que pode conseguir somente com o acompanhamento da investigação preliminar. Ademais, a atuação integrada e o somatório de esforços de todos aqueles envolvidos no combate à criminalidade propicia uma aplicação mais célere da Justiça, fundamentando um processo penal de qualidade, justo e correto como instrumento de sua atuação. O trabalho próximo ainda na fase de investigação evita diligências desnecessárias e possibilita a troca de informações e experiências, o que é de fundamental importância para a garantia do direito fundamental a segurança pública e para o combate a criminalidade não convencional, contribuindo para superar a nefasta preferência de classe social para a criminalização secundária, alterando-se a triste realidade de um sistema que insiste em afastar as classes mais abastadas do âmbito de alcance do Direito Penal. E nesta concepção, deve o Ministério Público efetivamente assumir seu protagonismo no sistema criminal como verdadeiro condutor, catalisador, conformador e transformador da política criminal, com a adoção de uma política institucional neste seara que eleja prioridades de atuação e de certa forma atue como centro gestor, fomentando com os demais órgãos envolvidos em investigações criminais uma atuação conjunta, propiciando à sociedade um combate efetivo a todo tipo de criminalidade.

1. Introdução

O Ministério Público pós-Constituição de 1988 possui relevante papel na concretização daquelas promessas de cidadania contidas na denominada Constituição Cidadã e neste sentido possui diversas atribuições, sendo que uma das mais tradicionais e conhecidas do grande público é sua atuação na esfera criminal, notadamente como titular privativo da ação penal.

Nesta seara, diante da atual conformidade constitucional, assume um aspecto dúplice de

persecução e assegurador da observância de direitos e garantias, que não se limita ao âmbito do processo penal, mas também abarca a fase pré-processual.

Neste sentido, ante o sistema acusatório adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, a forma, conteúdo e andamento da investigação preliminar é de primordial interesse do Ministério Público, já que ele é seu destinatário final.

Em face da atual criminalidade organizada, mais do que nunca se mostra necessário uma atuação coordenada e integrada entre o titular da ação penal e as outras instituições que exercem função investigativa, cujo maior exemplo são as polícias judiciárias, de modo a garantir um efetivo e concreto combate àquela criminalidade não convencional e que causa severos impactos sociais.

O trabalho investigativo conjunto é decorrente do dever estatal de garantia da segurança pública, repercutindo inclusive na definição de políticas criminais, cuja atuação do Ministério Público deve ser determinante ante seu protagonismo no sistema criminal.

2. Ministério Público

2.1. Preâmbulo Histórico

O Ministério Público, instituição de grande prestígio na sociedade brasileira e que teve sua atuação ampliada a partir da Constituição Federal de 1988, tem suas raízes identificadas em diversos períodos históricos, a exemplo nos magiaí, funcionários dos faraós do Antigo Egito que tinham a função de castigar os criminosos, reprimir os homens violentos, proteger os cidadãos pacíficos e acolher pedidos dos justos; nos éforos de Esparta, que controlavam a autoridade dos reis; nos *advocatus fisci*, censores e defensor *civitatis* romanos; nos *saionsi* germânicos da Idade Média, defensores de incapazes e órfãos.

No entanto, é com o fim da Idade Média e a separação dos poderes do Estado moderno, que surge a instituição do Ministério Público, expressão que teria sido usada inicialmente na França durante o século XVIII.

Inclusive é em tal país que se identifica para muitos o surgimento e desenvolvimento da atual concepção de Ministério Público, sendo cediço que sua figura e funções foram se aperfeiçoando ao largo do tempo e não foram decorrentes de uma ideia única de criação.

Embora tenha tido destaque durante a Revolução Francesa, competindo a fiscalização do cumprimento das leis e julgados, foi no período napoleônico que houve uma maior estruturação do Ministério Público.

No ordenamento jurídico brasileiro existiam traços iniciais nas Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, assim como em diversos diplomas normativos posteriores, porém no período colonial e imperial não existia a instituição Ministério Público, circunscrevendo a existência de promotores de justiça e procuradores de feitos da Coroa.

Foi após a proclamação da República, através dos decretos nº 848, de 11 de outubro de 1890 e nº 1.030, de 14 de novembro de 1890, que se criou o Ministério Público no Brasil.

Instalada a República e durante o processo de codificação do direito brasileiro, diversos diplomas legislativos foram atribuindo diversas atribuições ao Ministério Público, porém somente com a Constituição Federal de 1934 o órgão teve um tratamento institucional, com um capítulo próprio determinando sua organização, funções, garantias e prerrogativas.

Em que pese a Constituição Federal de 1937 tenha considerado o Ministério Público mero

agente do Poder Executivo, atribui-se a ele a novel função de requisitar a instauração de inquérito policial. Neste período, o Código de Processo Civil de 1939 incumbia ao Ministério Público a defesa do direito de família e a proteção dos incapazes, tornando-se, assim, o fiscal da lei.

Ainda durante o governo Vargas, foi dada ao Ministério Público a titularidade da ação penal pública, sendo realizado em junho de 1942 seu primeiro Congresso Nacional.

Como fim do denominado Estado Novo e promulgação da Constituição Federal de 1946, desvinculou-se o órgão de qualquer outro poder da República, circunstância que findou durante o período ditatorial, sendo que a Constituição de 1967 o considerava apêndice do Poder Judiciário e a Emenda Constitucional de 1969 o inseriu no âmbito do Poder Executivo, sem independência funcional, administrativa e financeira.

A posição do Ministério Público como órgão interveniente e fiscal da lei no processo civil foi consolidada no Código de Processo Civil de 1973, ao passo que durante o processo de transição para a democracia houve um direcionamento institucional voltado para a defesa dos direitos sociais e humanos.

Em 1981 a Lei Complementar nº 40, que disciplinava a organização do Ministério Público no âmbito estadual, já determinava que a instituição era permanente e essencial à função jurisdicional do Estado e responsável pela fiel observância da Constituição e das leis e defesa da ordem jurídica e dos interesses indisponíveis da sociedade. Neste mesmo ano, a Lei nº 6.938, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, garantia ao Ministério Público a legitimidade para a proposição de ações de responsabilização civil e criminal por danos causados ao meio ambiente.

De uma atuação dicotômica, em que no âmbito criminal o promotor de justiça tinha uma atuação ativa, ao passo que no âmbito civil era predominantemente fiscal da lei, o Ministério Público passa a conquistar novas atribuições, passando a desempenhar cada vez mais o papel de agente (e não mais mero interveniente), atuando na proteção da sociedade como um todo, sendo a Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública) seu melhor exemplo.

A chamada Constituição Cidadã, de 05 de outubro de 1988, consolidou as conquistas que o Ministério Público vinha obtendo, ampliou sua importância e atribuiu-lhe papel fundamental na concretização de suas promessas de cidadania, no que pode ser percebido com facilidade a partir das relevantes finalidades que lhe foram confiadas: defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Em resumo, a atual missão constitucional é de, primordialmente, tutelar os direitos fundamentais.

3. Ministério Público na Esfera Criminal (Fase Investigatória)

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, objetivando a responsabilização daqueles 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, com a adoção de um modelo processual penal de índole acusatória, um processo penal de partes, incumbindo a cada qual a produção de provas de suas alegações, é inafastável que, sendo o titular exclusivo da ação penal, o parquet tenha interesse no andamento da investigação, já que lhe recai o ônus da imputação e o ônus probatório.

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.

Isto porque 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, grifo no 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, inafastável 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.

Neste 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)

Na mesma toada, para MENDRONI (2013, p.239) Polícia e Ministério Público, tem 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 função de controle externo da atividade policial e 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 tais trabalhos se insere no contexto da plenitude do exercício da titularidade privativa da ação penal pública.

E tal atuação proativa 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.

4. Criminalidade Contemporânea

Inobstante a crítica criminológica, emerge nos tempos atuais uma criminalidade organizada, perpetrada muitas vezes por pessoas que possuem posições sociais elevadas, detentoras de poder político e econômico (a denominada cifra dourada), cujo *modus operandi* é diverso daqueles empregados tradicionalmente na prática dos delitos tidos por convencionais, que implica em enormes impactos sociais e que exige uma adequação do sistema de investigação a este tipo de delinquência.

Neste sentido, em que pese o Brasil ser signatário de diversos tratados e pactos internacionais na esfera penal, em várias oportunidades não se desenvolve efetivamente e eficazmente ações preventivas e repressivas contra tais delitos, muitas vezes em virtude de

uma atuação desencontrada entre o Ministério Público e a polícia judiciária no tocante à condução e desenvolvimento da investigação preliminar.

Assim sendo, uma investigação atomística só vem a beneficiar os membros de tais organizações criminosas, não se olvidando que o próprio Poder Executivo tradicionalmente não investe os recursos necessários para que a prevenção e repressão transborde os delitos convencionais, além da dificuldade da polícia judiciária para enfrentamento de condutas criminosas que envolvam autoridades e pessoas influentes ou com grande poder econômico, até mesmo pela ausência de garantias que lhe seriam indispensáveis para sua independência.

Mais além, a eficiência do trabalho investigativo não se basta na fase pré-processual, já que o sucesso da acusação muitas vezes é prejudicado por acidentes e percalços procedimentais ocorridos ainda na investigação preliminar, circunstâncias inobservadas pela polícia já que não acompanha a evolução da fase processual da persecução.

Quanto a este último tópico, deve ser ressaltado o desvirtuamento da instrução preliminar, que muitas vezes torna-se o centro de importância na atividade persecutória, com uma instrução exauriente em substituição à instrução realizada no curso do processo penal, que fica relegado a um papel de mera confirmação do que foi anteriormente produzido.

Faz-se necessário que aquele que será o responsável pela futura demonstração e comprovação em juízo dos elementos informativos colhidos na investigação, ou seja, o membro do Ministério Público trabalhe lado a lado com a Autoridade Policial, lhe indicando as diligências que precisa ou necessita, para que esse as operacionalize, já que é o profissional tecnicamente preparado para tanto.

Desta forma, premente a adequação dos sistemas de investigação a esta realidade, de maneira que a atuação da polícia judiciária e do Ministério Público seja complementar e integrada, enfrentando com eficácia uma criminalidade não tradicional, mas que acarreta em severos impactos sociais.

Fundamental que se fomente a troca de informações e experiências entre as instâncias que promovem investigações criminais no sentido de uma atuação alinhada e coesa na esfera investigativa, a exemplo do compartilhamento de inteligência e criação de grupos especializados ou forças-tarefas integradas por membros do Ministério Público e das polícias judiciárias.

Uma investigação estrategicamente conduzida em conjunto viabiliza um direcionamento lógico-sequencial, inclusive com raciocínio orientado ao futuro processo penal, fundamental no combate efetivo àquela criminalidade que destoa do convencional.

Como muito bem observa GRECO (2013, p. 92);

Na verdade, a Polícia, o Ministério Público e a Magistratura buscam um objetivo comum que é a pacificação social. Cada uma dessas instituições possui, como deve ser, atividades diferentes mas interligadas. O Ministério Público não deve tratar a Instituição Policial como sua inimiga, e tampouco a Instituição Policial deve enxergar o Ministério Público, simplesmente, como um órgão que sente prazer em oferecer denúncia em face de policiais. Já passou o momento de se acabar com a rivalidade e a desconfiança existentes entre as Instituições que, juntas tem o grande mister de fazer com que a nossa sociedade seja cada dia mais justa.

A investigação conjunta, coordenada, com somatório de forças e em sintonia entre polícia e Ministério Público é um dos caminhos para que o sistema penal se afaste daquele papel de

garantidor de privilégios das classes abastadas e mantenedor do *status quo* que historicamente vem sendo levado a prestar.

5. Atuação Integrada e o Direito Fundamental à Segurança Pública

A segurança pública consiste numa situação de preservação ou restabelecimento da convivência social pacífica, possibilitando que a sociedade goze de seus direitos e exerça suas atividades sem perturbação de outrem.

Corresponde a um dever estatal (art. 144, da Constituição Federal) e também a um direito fundamental, extraído do art. 5º, *caput* da Carta da República, que protege o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. A garantia da segurança é papel do Estado, uma vez que sua garantia é primordial para o gozo de todos os demais direitos. Sem segurança é impossível o pleno desenvolvimento da personalidade humana, devendo ser compreendida como proteção a outros direitos, sejam individuais ou coletivos.

Como leciona SARLET (2009, p. 264):

[...] assume relevo – notadamente em virtude de sua particular repercussão para a temática ora versada – a função atribuída aos direitos fundamentais e desenvolvida com base na existência de um dever geral de efetivação atribuído ao Estado (por sua vez, agregado à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais) na condição de **deveres de proteção (*Schutzpflichten*) do Estado, no sentido de que a este incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões oriundas dos particulares** e até mesmo de outros Estados, função esta muitos tratam sob o rótulo de função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela, como prefere Canaris. O Estado – como bem lembra Dietlein – passa, de tal modo, a assumir uma função de amigo e guardião – e não de principal detrator – dos direitos fundamentais. **Esta incumbência, por sua vez, desemboca na obrigação de o Estado adotar medidas positivas da mais diversa natureza com o objetivo precípua de proteger de forma efetiva o exercício dos direitos fundamentais e os bens e interesses que constituem o objeto da tutela jusfundamental.** (Grifo nosso)

O papel estatal de garantir a segurança de seus cidadãos é um dos fundamentos da própria existência e legitimação do Estado. Independentemente da ideologia política adotada, a existência do direito à segurança sempre vai ser reconhecida.

A questão da segurança pública é um dos centros de preocupações atuais da sociedade brasileira e que exige do Estado a instituição de mecanismos e instalações adequadas à relevância do múnus atribuído constitucionalmente.

O dever estatal de garantia da segurança surge como contrapartida ao monopólio estatal do uso da força e da proibição da autotutela e cria no cidadão a expectativa de que será efetivamente protegido, de modo que a omissão do Estado corresponde a uma quebra de confiança pondo em risco a própria legitimação estatal.

É papel do Estado debelar o perigo e adotar medidas de proteção não apenas no aspecto normativo, mas sim no nível efetivo e real.

Tal necessidade de proteção se faz concreta por meio da tomada de medidas operacionais,

na qual o trabalho investigativo conjunto entre polícias judiciárias e Ministério Público é um perfeito exemplo.

A respeito confira-se as oportunas colocações de GOMES (2009, p.34):

O Estado Democrático de Direito estabelece compromissos dos entes públicos com a sociedade, sendo certo que, nos termos do art. 144 da Constituição da República, segurança pública é dever do Estado e direito de todos, devendo ser exercida para preservação da ordem pública, incolumidade das pessoas e do patrimônio. E, dentro da ideia de que ao Estado Moderno compete não só assegurar as *liberdades públicas* como, efetivamente, disponibilizar direitos sociais prestacionais à comunidade, dúvida não resta de que as ações de segurança pública mostram-se indispensáveis para a manutenção e preservação de um pacífico convívio gregário. Em síntese apertada, **segurança pública configura um serviço público coletivo essencial.** A qualidade do serviço prestado no âmbito da segurança pública (estatal) arvora-se em tema prioritário no seio comunitário. A sociedade capitalista gira em torno da venda e do consumo do bem “segurança”, sendo certo que os menos afortunados aguardam o correto cumprimento do dever prestacional do Estado. [...] **Neste enfoque, a falta de estrutura estatal aos órgãos encarregados pela segurança pública inviabiliza a realização de qualquer trabalho, ficando sua atuação restrita, como já vem se tornando usual, à pequena criminalidade que, por questões que transcendem esta análise, é identificada na prática de delitos. A criminalidade de grande danosidade, quase sempre com infiltração em órgãos públicos, por outro, lado fica à margem da atuação policial por uma miríade de fatores.** (Grifo nosso)

Curial observar que o dever estatal de garantir segurança não se circunscreve apenas a evitar condutas criminosas, mas também abrange a devida apuração dos atos ilícitos e, sendo o caso, a punição de seus responsáveis.

E neste contexto, mormente quando se busca atingir aquela criminalidade que se considera inatingível, a interação e comunhão de esforços entre polícias e Ministério Público é fundamental, sendo imprescindível a articulação de ações coordenadas e eficazes, principalmente em investigações envolvendo os crimes econômicos ou políticos e organizações criminosas.

6. Repercussões na Política Criminal

Seguindo-se o escólio de BATISTA (2007, p. 34) do processo de mudança social, das revelações empíricas propiciadas pelo desempenho das instituições que integram o sistema penal, dos avanços e descobertas da criminologia, surgem princípios e recomendações para a reforma e transformação da legislação criminal e dos órgãos encarregados de sua aplicação, no que denomina-se política criminal, na qual a política de segurança pública se insere.

Tanto o Ministério Público, quanto as polícias judiciárias realizam trabalho de controle e seleção de crimes através da filtragem criminológica que lhes é atribuída pelo sistema penal.

Cotidianamente a polícia funciona como porta de entrada no sistema, onde se dá uma primária seleção, com alguns casos sendo encaminhados para investigações posteriores, enquanto outros passam a constituir parte da denominada cifra negra da criminalidade.

Vencida a etapa policial, nos casos em que houve a formalização de uma ocorrência e

aprofundamento de uma investigação, ocorre nova filtragem criminológica, desta feita realizada pelo membro do Ministério Público e que implica no desfecho daquilo anteriormente investigado, consistindo na análise e formação da *opinio delicti* que poderá resultar na apresentação de denúncia ao Poder Judiciário ou arquivamento do inquérito.

Diante da infinidade de condutas criminosas e da escassez de recursos humanos e financeiros é necessário que esta seletividade se dirija aqueles casos em que se trate de delitos cuja potencialidade lesiva seja capaz de ocasionar severos impactos sociais ou que ofendam aqueles direitos e valores consagrados no texto constitucional, que funciona como fundamento normativo do Direito Penal.

Neste sentido, deve o Ministério Público assumir seu protagonismo no sistema criminal e sua função de definidor/indutor de políticas criminais, sendo sua incumbência a fixação de orientações nesta seara.

Neste aspecto, os membros do Ministério Público, como primordiais condutores de uma política criminal que repercute na segurança pública (cuja dimensão não se esgota na prevenção da criminalidade), devem se conscientizar de seu papel de agente catalisador, transformador e conformador da política criminal, elegendo prioridades de atuação e coordenando de certa forma os demais atores envolvidos na persecução criminal.

Faz-se necessário a adoção de uma política criminal institucional, naturalmente não vinculativa ante a independência funcional, que busque superar a dicotomia entre Estado Penal Máximo e Estado Social Mínimo, que atinge quase que com exclusividade os despossuídos.

Ante a diversidade de funções atribuídas ao Ministério Público na seara criminal, é cogente uma atuação proativa neste cenário, que se faz muito mais imperativa quando se combate a criminalidade econômica e organizada.

O Ministério Público em virtude de sua configuração constitucional reúne condições de oferecer resistência à nova delinquência que emerge, exercendo o papel de centro gestor dos demais órgãos envolvidos em investigações criminais, induzindo-os a adequar suas funções no sentido de uma atuação alinhada e coesa, entregando à sociedade um trabalho efetivo e realizado em sintonia na esfera criminal.

7. Conclusão

O Ministério Público após a Constituição de 1988 assumiu um protagonismo na efetivação de direitos fundamentais, consolidação de um Estado Democrático de Direito e concretização de suas promessas de cidadania que passa necessariamente pela sua atuação na esfera criminal, não só como titular privativo da ação penal, mas também como agente indutor e transformador da política criminal.

Desta forma, faz-se necessário um novo agir ministerial, próximo da investigação preliminar, protagonista da política criminal, fomentador de políticas públicas específicas na área da segurança pública, com uma atuação integrada com os demais órgãos ligados à área, de modo a reforçar seu relevante papel no sistema jurídico-penal e incrementar o combate à moderna e organizada criminalidade.

Neste sentido a atuação conjunta da polícia judiciária e do Ministério Público na fase de investigação está ligada à sua eficiência e à efetividade do processo penal, pois como órgão constitucionalmente incumbido da ação penal pública deve velar pela construção de uma base sólida que lhe dê fundamento, o que pode conseguir somente com o acompanhamento da

investigação preliminar.

A atuação integrada e o somatório de esforços de todos aqueles envolvidos no combate à criminalidade propicia uma aplicação mais célere da Justiça, fundamentando um processo penal de qualidade, justo e correto como instrumento de sua atuação.

O trabalho próximo ainda na fase de investigação evita diligências desnecessárias e possibilita a troca de informações e experiências, determinando uma atuação e coesa que é de fundamental importância para a garantia do direito fundamental a segurança pública e para o combate a criminalidade não convencional, contribuindo para superar a nefasta preferência de classe social para a criminalização secundária, alterando-se a triste realidade de um sistema que insiste em afastar as classes mais abastadas do âmbito de alcance do Direito Penal.

E nesta concepção, deve o Ministério Público efetivamente assumir seu protagonismo no sistema criminal como verdadeiro condutor, catalisador, conformador e transformador da política criminal, com a adoção de uma política institucional neste seara que eleja prioridades de atuação e de certa forma atue como centro gestor, fomentando com os demais órgãos envolvidos em investigações criminais uma atuação alinhada e coesa, propiciando à sociedade um combate efetivo a todo tipo de criminalidade.

8. Referências Bibliográficas

- ALMEIDA NETO, W. R. **Inteligência e contra-inteligência no Ministério Público: aspectos práticos e teóricos da atividade como instrumento de eficiência no combate ao crime organizado e na defesa dos direitos fundamentais.** Belo Horizonte: Dictum, 2009.
- BALTAZAR JUNIOR, J. P. **Crime organizado e proibição de insuficiência.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BATISTA, N. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro.** 11. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- CALABRICH, B. **Pequenos mitos sobre a investigação criminal no Brasil.** In: CALABRICH, B.; FISCHER, D.; PELELLA (org.) *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil.* Salvador: JusPODIVM, 2010.
- FELDENS, L. **Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal.** 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- GOMES, D. A. **Política criminal brasileira e o papel do Ministério Público.** In: VILLELA, P. (org.) *Ministério Público e políticas públicas.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- MARQUES, K.P.R. **Atividade de inteligência no combate à corrupção: o papel do Ministério Público.** Maceió: Edufal, 2011.
- MELLIM FILHO, O. **Criminalização e seleção no sistema judiciário penal.** São Paulo: Ibccrim, 2010.
- MENDRONI, M. B. **Curso de investigação criminal.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- GRECO, R. **Atividade policial: aspectos penais, processuais penais, administrativos e constitucionais.** 5. ed. Niterói: Impetus, 2013.
- STRECK, L. L.; FELDENS, L. **Crime e constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

¹* Promotor de Justiça- Ministério Público do Estado do Paraná

Critérios de compatibilização da Norma Penal em branco com o Princípio da Reserva Legal, no aspecto formal da competência legislativa exclusiva para edição de normas incriminadoras

Fábio André Guaragni¹

1. Introdução: Aspectos explicativos da intensificação das normas penais em branco como técnica legislativa penal

A mais que centenária categoria dogmática da norma penal em branco apresenta-se como técnica de reenvio legislativo de uso intensificado no limiar do século XXI. Esta intensificação deriva de um panorama político-criminal que *administrativiza o direito penal*.

Brevemente: a administrativização do direito penal consiste em convocar o direito penal para auxiliar o Estado no controle de parcelas da vida social. Sobretudo, aquelas ligadas à economia e ao meio ambiente. Ou seja: o direito penal é convocado como braço de apoio do direito administrativo. Há evidente comprometimento do princípio da intervenção mínima, pois o direito penal, ao invés de *ultima ratio legis*, incide como estrutura de ajuda a outro ramo do direito, como que a assegurar que o direito administrativo, a administração pública estatal e seu poder de polícia se façam respeitar.² Neste contexto, o direito penal, “que reagia a *posteriori* contra um fato lesivo individualmente delimitado (quanto ao sujeito ativo e passivo), se converte em um direito de gestão (punitiva) de riscos gerais e, nessa medida, está “administrativizado³”. O acréscimo de tarefas cometidas ao direito penal produz consequente expansionismo da sua normativa.

Ao mesmo tempo, amplia-se o direito administrativo sancionador e o consequente emprego de penalidades infringidas diretamente pelo Poder Executivo, na base de seu poder de polícia autoexecutável⁴.

É claro que a convocação do direito penal para a tarefa de dar suporte ao direito administrativo deriva, também, de um *enfraquecimento* do aparelho de Estado enquanto agência de poder. Sobretudo com o neoliberalismo dos anos 90⁵, recuou da posição ativa de proporcionar produtos e serviços – reduzindo-se sua “dimensão prestacional”⁶ - para assumir um novo papel: o *gerenciamento* das atividades deslocadas para a iniciativa particular, sobretudo mediante agências de controle. A seu turno, estas atividades, deslocadas à iniciativa privada, experimentaram imensa expansão e desenvolvimento. Mais: “desterritorializaram-se”⁷, dificultando fossem controladas por agências estatais “territoriais”.

Aqui, assume importância a noção de BAUMAN alusiva aos “proprietários ausentes”, extraterritoriais: “O capital pode sempre se mudar para locais mais pacíficos se o compromisso com a ‘alteridade’ exigir uma aplicação dispendiosa da força ou negociações

cansativas. Não há necessidade de se comprometer se basta evitar”.⁸ O capitalista é o único agente econômico livre, desconectado do espaço e suas imposições, sobretudo legais, derivadas do direito do trabalho, tributário, previdenciário, etc.. Cabe aos acionistas “mover a companhia para onde quer que percebam ou prevejam uma chance de dividendos mais elevados, deixando a todos os demais [fornecedores, trabalhadores] – presos como são à localidade – a tarefa de lamber as feridas, de consertar o dano e se livrar do lixo”.⁹

Recorde-se que o aparelho de estado ainda opera em fronteiras de terra delimitadas, zona de exercício do poder tradicionalmente identificado como “soberania de Estado”. Assim, o Estado: 1- desocupou espaços de exercício de poder; 2- não logrou exercê-lo com consistência nos novos espaços (reduzidos em relação aos primeiros) pelos quais enveredou; 3- parte de seu insucesso deriva da noção de que é uma agência de controle territorial que visa controlar fenômenos supraterritoriais (grandes prejuízos derivam disto inclusive para o Ministério Público e Poder Judiciário, agências territoriais de Estado presas ao torrão da Comarca ou Seção). Consequência natural da derrocada do Estado e da respeitabilidade da respectiva estrutura de intervenção administrativa é apoiá-la no direito penal e assegurá-la através dele.

Toda esta panorâmica explica a recorrente utilização da norma penal em branco pelo Poder Legislativo atual. Através dela, o legislador “cola” a norma penal à norma administrativa, para que o direito penal exerça um discutível papel de apoio ao direito administrativo. A técnica de remissão penal à normativa extrapenal de cunho administrativo, fundada tanto em lei, como fonte de conhecimento, como em fontes diversas – decretos do Poder Executivo, resoluções administrativas, portarias – tem na norma penal em branco uma de suas grandes expressões.

Porém, a norma penal em branco possui uma série de tensões com o princípio da reserva legal. No que mais expressivas, tais tensões dizem com: a) o questionamento da competência da autoridade que integra o branco, eis que o princípio da reserva legal, em princípio, remete exclusivamente ao Poder Legislativo a posição de fonte de produção da norma penal; b) as consequências em tema de sucessão de leis, enquanto desdobramento da reserva legal (*lex praevia* e retroatividade da *lex mitior*); c) impactos quanto ao princípio da taxatividade da norma (*lex certa*), enquanto vertente do princípio da reserva legal. Nas linhas que sucedem, atemo-nos ao primeiro problema: pode a autoridade administrativa estipular partes do preceito primário de uma norma penal incriminadora? Isto é conciliável com o princípio da reserva legal?

2. Breves contornos dogmáticos das normas penais em branco

As normas penais em branco são normas penais incriminadoras com preceitos primários incompletos¹⁰. O espaço incompleto ou “em branco” é completado por outras normas, “no todo ou em parte”¹¹. Cumpre ao operador do direito identificar esta norma e integrá-la ao tipo, na exata medida em que este a reclama.

A fonte complementadora da norma penal em branco (contida em lei) pode ser de idêntica (a) ou diversa (b) hierarquia (em regra, inferior à lei). Se (a) idêntica, dá-se a norma penal em branco de complementação homogênea, homóloga, norma penal em branco em sentido amplo

(“lato sensu”) ou imprópria, como no art. 178, CP, que incrimina a emissão de conhecimento de depósito ou *warrant* “em desacordo com disposição legal” - no caso, a Lei 11.076/2004, que disciplina os requisitos para emissão dos títulos citados¹². Se (b) diversa, há norma penal em branco de complementação heterogênea, heteróloga, norma penal em branco em sentido estrito (“stricto sensu”) ou própria, servindo como o exemplo o art. 33 da Lei 11.343/06 (tráfico), que criminaliza o tráfico de drogas “em desacordo com determinação legal ou regulamentar”. A Portaria 344/98-ANVISA é a norma de complementação.

A remissão efetuada pelo preceito primário à norma diversa pode ser específica, com a respectiva e clara identificação (por exemplo, o número da lei, o nome pelo qual é conhecida, até um artigo de lei), ou genérica (mera alusão à fonte normativa diversa, mas não definida ou especificada). Por outro lado, a norma a que remete pode ser preexistente ou futura.

Quanto à norma complementadora: é possível que a norma penal em branco remeta a uma norma e esta, a seu turno, faça remissão a uma terceira. Tem-se, então, norma penal em branco de remissão sucessiva ou em segundo grau. Reportada situação torna mais aguda a tensão entre normas penais em branco e reserva legal. Por outro lado, a norma complementadora pode fazer alusão expressa ao fato de que integra o preceito primário de um tipo penal. Quando isto ocorre, tem-se uma cláusula de remissão inversa, reduzindo a incerteza inerente à norma penal em branco e minimizando o atrito entre esta e o princípio da taxatividade da norma penal, vertente do princípio da reserva legal no que exigente de *lex certa*.

Note-se, por fim, que quando fala de norma penal em branco, a literatura brasileira predominantemente toma em consideração a fonte formal ou de conhecimento da norma penal, e não a fonte material ou de produção.¹³ É claro que, em regra, o órgão expedidor do complemento da norma em branco de complementação heterogênea acaba sendo diverso do Poder Legislativo da União, que detém competência privativa para editar normas penais (art. 22, I, CF). Há, porém, quem atente para a *fonte de produção* já no conceito da categoria. Por exemplo, ZAFFARONI, no Tratado¹⁴.

O apelo à fonte formal para definição da norma penal em branco coordena-se melhor com aquilo que a própria *leitura* dos preceitos primários continentais de normas em branco, que não costumam citar outro órgão legiferante, senão remetem a outra fonte normativa formal (por ex., *em desacordo com a lei, sem autorização regulamentar, etc.*). Porém, é inegável que o critério acarreta certa *colisão* com um dos fundamentos político-criminais da categoria.

De fato, as normas penais em branco têm dupla utilidade político-criminal: a) a remissão a complementos cuja edição exige menos formalidades que a lei penal permite uma constante atualização do tipo incriminador, sem que tenha que ser revisado mediante sucessivos projetos de lei¹⁵; b) numa sociedade detentora de conhecimentos técnicos profundos, montada sobre o avanço tecnológico produzido pelo *cogito* e pela Revolução Industrial, na qual um homem “especialista” passa a vida estudando, v.g., um concreto fenômeno da física¹⁶, o conhecimento técnico é absolutamente necessário para a edição de normas penais tangentes às áreas da vida mais sofisticadas. O direito penal, ao assumir a função de redução de patamares de risco, regulamenta setores que envolvem medicina sanitária, fármacos, atividades nucleares, biogenética, trato com agrotóxicos e respectivas embalagens, dentre outros. Em todas as áreas, abre-se a necessidade de preservar a confiança nos “sistemas

peritos”, enquanto conhecimentos técnicos repetida e publicamente testados, viabilizadores de produtos e serviços como bens de consumo¹⁷. Para tanto, necessita de dados técnicos cujo conhecimento, de regra, não é encontrado no âmbito do Poder Legislativo. Usualmente, o Estado conta com técnicos detentores destes conhecimentos no âmbito do Poder Executivo. O executivo, mediante atividade administrativa munida de poder de polícia, realiza controles sobre tais áreas. Com este escopo, os especialistas do corpo funcional do poder executivo produzem regulamentos que completam as normas penais em branco, nutrindo-as de dados técnicos sofisticados que o legislador não possui.

Esta a essência da autêntica norma penal em branco. Não fosse a necessidade de conhecimentos incomuns – cada vez mais exigidos nas sociedades de corte pós-industrial do limiar do século XXI – atenuar-se-iam as boas razões do legislador para produzir a norma penal com o preceito primário incompleto. E – de fato - é melhor que a norma penal possa contar com a presença dos técnicos, seja para atingir as condutas que, verdadeiramente, são geradoras de riscos para os bens de proteção, seja para evitar sejam atingidos comportamentos inócuos. Diminui-se o risco do erro com a presença do especialista. Numa sociedade de conhecimentos sofisticados, o Poder Legislativo não dá conta de atingir o conjunto de conhecimentos técnicos requeridos para intervir penalmente nos correspondentes setores da vida econômica. Daí produzir-se uma *necessidade* da categoria dogmática da norma penal em branco, e a intensificação do respectivo uso na política criminal econômica e ambiental¹⁸.

Por isso é que, de regra, cabe a nomenclatura *norma penal em branco em sentido estrito* para aquela que é completada por fontes normativas diversas da lei (formalmente inferiores). Afinal, os órgãos que as produzem são justamente aqueles que dão voz aos especialistas. Já a norma penal que o próprio legislador completa, mediante fonte de igual hierarquia, só pode ser denominada norma em branco por conter incompletude colmatada por outra norma. Daí ser norma penal em branco apenas no *sentido amplo* de que precisa complementar-se por outra norma. Não se trata uma norma penal em branco na *acepção*, pois não exige remissão a especialistas que possam integrá-las.

Fica claro que: a) a autêntica norma penal em branco carrega a pretensão de dar voz aos especialistas, sobre matérias que exigem conhecimentos intrincados, de caráter financeiro, macroeconômico, ambiental, médico, de engenharias, etc.; b) estes estão no Poder Executivo, bem como em órgãos da administração pública indireta (em especial, as agências reguladoras); c) assim, há uma espécie de apelo à fonte *material* de complemento da norma em branco, para além da formal, quando se examina a *ratio* político-criminal da categoria em questão.

Impende checar, agora, as tensões entre esta categoria dogmática e o princípio da reserva legal, num particular aspecto: a remissão legislativa efetuada mediante norma penal em branco para autoridades administrativas completarem o preceito primário dos tipos penais incriminadores.

3- Reserva Legal em sentido formal: a competência para edição da norma incriminadora

Para além de suas projeções materiais – lei prévia, estrita, escrita e certa - o princípio da

reserva legal tem uma dimensão formal: exige lei em sentido estrito para a produção das normas pelas quais o estado exerce controle social penal. Ficam reservadas ao legislador não só as previsões dos tipos e penas (normas incriminadoras), mas também de normas que agravem de todo modo a posição do sujeito ativo de delito. Tudo é corolário da Filosofia da Ilustração; tudo é conseqüente com a herança iluminista de limitação da “potestas puniendi” estatal: somente ao próprio povo é dado limitar-se em liberdades e outros direitos individuais, prevendo os limites com que o poder punitivo incidirá sobre si¹⁹. Para reforço da autonomia, a produção legislativa dá-se mediante um rito que garante a participação popular, direta ou mediante representação: é o processo legislativo, levado a cabo no seio do Poder Legislativo, segundo competências previamente estabelecidas na carta constitucional. No Brasil, o art. 22, I, CF, prevê a competência do Poder Legislativo da União para, privativamente, e mediante processo legislativo garantidor da autonomia (i.é, participação popular), legislar em direito penal (competência privativa que, diversamente da exclusiva, é delegável: a mecânica está prevista no próprio art. 22, parágrafo único, CF).

Frente a este primeiro aspecto, analisa-se a norma penal em branco em sentido estrito. Desde logo: a norma penal em branco em sentido amplo não se mostra problemática²⁰. Afinal, conquanto incompleta, se o próprio legislador expede a norma de complementação, tem-se que tanto a norma em branco, como o complemento do branco, foram produzidos pela autoridade privativamente competente (Poder Legislativo da União).

Contrariamente, há tensão entre a dimensão formal do princípio da reserva legal e a categoria da norma penal em branco *em sentido estrito*. Sobretudo, porque a remissão à fonte normativa formal diversa da lei em sentido estrito – que implica, regra geral, remissão à fonte normativa material diversa – gera atrito com a competência constitucional exclusiva para produção da norma penal reservada ao Poder Legislativo da União.

Não se pode taxar a norma penal em branco de inconstitucional *tout court*. Tampouco afirmá-la constitucional sempre. Em verdade, a análise depende de cada situação concreta. Sobretudo, porque a solução acerca da constitucionalidade deve ser composta com o (e a partir do) motivo central pelo qual se deixam brancos na norma penal na atualidade: a necessidade de evocar conhecimentos técnicos verticalizados, no marco de uma sociedade pós-industrial, dependente da confiança em sistemas peritos, sintéticos de tecnologias avançadas que inundam o mercado como bens de consumo. É *até prudente dar voz ao especialista*, ainda que integrando Poder de Estado diverso do legislativo (como sói ocorrer, particularmente quando o Estado assume função gerencial de riscos). A norma penal se coordena com a atividade gerenciadora de riscos do Estado. A verificação da constitucionalidade da norma evocada, de um lado, há de se orientar por este eixo. Como outro eixo, põe-se a questão de manter-se a norma penal como expressão popular: só ao destinatário da norma penal (povo) é dado produzir autolimitação de liberdades.

Estes eixos, coordenados, produzem a ideia de que a constitucionalidade da norma penal em branco pode ser afirmada, desde que respeitados determinados limites. Cabe à doutrina achá-los, sobretudo para orientação do legislador. Não é aceitável a afirmação pura e simples da inconstitucionalidade da categoria, desatenta dos contextos de vida de sociedades pós-industriais, de mercados globalizados, sistemas peritos e fichas simbólicas, acerca dos quais se dá a produção da norma. Tal posição: a) não contribui para o debate orientado à construção de limites que possam fundamentalmente *auxiliar o legislador*, quando faz uso

desta modalidade de remissões; b) despreza o fato de que na Constituição brasileira, o tráfico de entorpecentes – classicamente tipificado mediante norma penal em branco - é indicação criminalizadora contida no art. 5º, XLIII, de modo que está longe de ser um tipo penal inconstitucional. Esta posição, por extensão, acaba violando o próprio princípio de vedação de proteção deficiente à saúde pública, derivado do comando constitucional de criminalização²¹; c) não atenta para o fato de que a adoção das teorias de imputação objetiva no sistema de análise do delito acaba impondo uma remissão a normas extrapenais legais e infralegais *em todo e cada caso penal julgado*, para fixação do caráter permitido ou proibido dos patamares de risco gerados pela conduta. Além delas, mesmo “normas técnicas de segurança, a *lex artis*, o chamado princípio da confiança e, por fim, a própria ideia de homem prudente”²² dão suporte à imputação objetiva do evento ao agente. Neste sentido, diz GRECO, uma remissão a atos administrativos (inclusive de caráter normativo genérico), por parte do direito penal, é legítima ao menos quando “nada mais faça do que concretizar o que é exatamente o risco permitido em determinado dispositivo”²³. Nesta importante posição, a técnica de reenvio serve para fixar, a partir da lei, qual será o critério para determinação da ultrapassagem do risco permitido conducente à imputação de lesão ao bem jurídico. Como regra, as normas penais abrem mão de definir o critério; excepcionalmente, isto não sucede quando há reenvio ao ato administrativo.

Enfim, importa é construir os limites para guiar o uso da técnica legislativa e mesmo a solução jurisprudencial dos respectivos casos de emprego.

Na Itália, a Corte Constitucional, pelo precedente 26 de 1966 assentou que a lei deve “indicar com suficiente especificação os pressupostos, as características, o conteúdo e os limites dos provimentos da autoridade não legislativa, a cuja transgressão deve seguir-se a pena”²⁴. Tratou, pois, de indicar limites e parâmetros para que a norma penal em branco suporte a filtragem constitucional.

À guisa de limites: o primeiro consiste no fato de que o legislador não pode renunciar à definição de um “núcleo duro” do preceito primário. A tarefa é definir o que é este núcleo. Sendo concedido somente ao povo se autolimitar, criando normas penais para controle social, a que submete parcialmente suas condutas, faz parte deste núcleo o *verbo típico*: a expressão linguística da conduta – verbo – só o legislador pode definir. Jamais uma instância diversa do Poder Legislativo pode constituir o comportamento defeso.

Ainda: se o objeto material ou outro aspecto do preceito primário do tipo exige complementos técnicos, definir o *que* precisa de tais complementos é problema do legislador. Uma vez definido o *que* depende de esclarecimentos técnicos, estes podem ser remetidos à autoridade detentora de conhecimento especializado sem qualquer inconstitucionalidade. *Aquilo que* depende de contornos técnicos pode se voltar, além de ao objeto material da conduta, a outros aspectos, inclusive competências do sujeito ativo ou circunstâncias definitórias do sujeito passivo. De toda forma: quando houver necessidade de dados técnicos por instância diversa do Poder Legislativo, será preciso que a lei defina o objeto sobre o qual recaem tais dados técnicos. Então, definir o(s) verbo(s) e o *que* exige complemento técnico é tarefa do Poder Legislativo, indelegável.

Quando forem requeridos da fonte complementadora critérios técnicos de definição dos sujeitos destinatários da norma – sobretudo sujeitos ativos – estes devem previamente ser circunscritos pelo legislador. Pode fazê-lo, por exemplo, mediante a menção de que possuem

deveres de ofício, de quais são tais deveres, através da indicação do nome da categoria profissional a que pertencem, etc. Já a definição, pura e simples, do destinatário da norma penal pela fonte sublegislativa complementadora, seria integrante da própria escolha político criminal acerca de *quem* punir, tarefa do legislador. Logo, inconstitucional, como proclamou a Corte Constitucional italiana (precedente Corte Const. 282, 1990) em relação a uma lei que, regulamentando acerca da prevenção de incêndios, “reenviava a um decreto ministerial a individualização dos destinatários do preceito penalmente sancionado”²⁵. A inconstitucionalidade derivou do fato de que os sujeitos obrigados pertencem ao “núcleo essencial” do tipo, não podendo ficar a mercê da “persistência do poder da administração de modificar o próprio ato [i.é, o decreto]”²⁶, mudando a escolha política dos sujeitos ativos destinatários da norma penal.

Já se vê que a delegação *integral* do preceito primário do tipo à instância material diversa do Poder Legislativo da União (norma penal em branco de remissão integral) para complemento da norma penal mediante fonte normativa que não constitui lei em sentido estrito, mostra-se necessariamente inconstitucional. Admite-se somente a remissão *parcial*. É vedado transferir ao poder regulamentar “apreciações ou valorações de caráter político (...) na escolha autêntica da conduta punível, mas não se o privará totalmente de qualquer aporte, que se revela precioso, por exemplo, no aspecto técnico”²⁷, evidenciou MARIO ROMANO.

Mediante a definição do *verbo*, *do que* exige complemento técnico, *da seleção de destinatários da norma*, dá-se vida à orientação de MARINUCCI e DOLCINI, de que as *escolhas político-criminais* não podem ser objeto de remessa à instância diversa da legislativa, detentora da posição de fonte material da lei a que se reserva a matéria penal. Também sustentam que uma “reserva de lei tendencialmente absoluta” é...

“...a única em posição de garantir o respeito do monopólio das escolhas político criminais atribuído pela Constituição ao legislador. A natureza puramente técnica da especificação confiada pela lei a outra fonte, e a presença na lei dos critérios técnicos aos quais deve ater-se a fonte subordinada, excluem de fato que a fonte sublegislativa concorra com a lei no cumprimento das escolhas político-criminais.”²⁸

Com o que, anunciam o segundo limite: a matéria remetida para instância complementadora deve ser *eminente técnica*. Assim, a *necessidade* de um complemento técnico autoriza o uso da norma penal em branco. E esta necessidade também pode ser estruturada a partir de critérios. Quando é preciso um complemento técnico para uma norma penal? Quando a verticalização de conhecimento é sofisticada; quando a área do conhecimento é pouco testada; quando o conhecimento é recente; quando, sobretudo, interessa *uma atualização do conhecimento para adequada proteção do bem jurídico*.

Um terceiro limite: a instância que recebe a missão de completar a norma penal deve ter atribuição *in genere* de expedir regulação extrapenal sobre a mesma matéria sobre a qual deverá regulamentar para completar o branco. Outra opção é que possua não o poder regulamentar, mas o de controlar aquela matéria, gerenciando-a administrativamente. Enfim, suas atribuições genéricas devem estar conectadas de antemão com a área da vida sobre a qual irá, em parte, emitir preceitos normativos integradores de tipos penais. Aqui, é interessante a lição de CARLO RUGA RIVA, no sentido de que o complemento da norma penal em branco por poderes legislativos estaduais ou municipais *também representa* vontade

popular, já que atuam em seus âmbitos de competência, a partir de mandatos eletivos. Comentando norma penal em branco que pune inobservância de regulamentos de edificação e instrumentos urbanísticos (como plano diretor), i.é, completadas por direito administrativo municipal, afirma tratarem-se...

“...de integrações operadas por um órgão democrático e representativo também das minorias (a Câmara Municipal), o qual, entre pilares fixados pela lei urbanística (...) e por vínculos paisagísticos ambientais (...), e em parte por fontes estaduais, emana regras (...) como resultado de procedimentos públicos, abertos ao diálogo com os cidadãos (...) transparente e mais facilmente acessível ao público em comparação à grande parte das normas federais

Definitivamente o reenvio operado pela norma penal estatal às fontes municipais em exame não só é o único realisticamente praticável, mas é também totalmente em linha com o sentido garantista do princípio da legalidade, voltado a contrastar os possíveis abusos do poder executivo através da participação popular aos processos decisórios por meio (também) dos representantes das minorias.

Mais, o penalista, por cultura particularmente sensível ao princípio da legalidade, parece subestimar o risco oposto ínsito na intransigente oposição à integração dos preceitos penais por obra de fontes locais (regionais e municipais): que o legislador federal, através do emprego do direito penal, atraia para si matérias ou perfis de matérias de competência legislativa (ou administrativa) dos entes locais, invadindo os espaços reconhecidos a eles...”²⁹

Tais comentários conduzem a outro raciocínio: matérias atribuídas a leis estaduais ou municipais, quando completam normas em branco, não possuem conteúdo técnico-científico (pelas mesmas razões que não permitem ao legislador federal normatizar a respeito: o próprio domínio do conhecimento técnico-instrumental, exigente de especialistas). Porém, a necessidade da remessa à fonte diversa da lei federal não deixa de ser técnica (salvo que não se enxerguem na economia, geografia, geopolítica, etc., também campos de excelência técnica – posição que merece rechaço): dá-se por peculiaridades geográficas, econômicas, demográficas, desenvolvimentistas, sociais, culturais, etc., que demandam ajustes correlatos, principalmente em um país de dimensões continentais como o Brasil. Daí a pertinência do complemento de determinadas normas penais em branco ambientais, por exemplo, por normativa estadual ou municipal, como o art. 54, parágrafo 2º, inciso V, Lei 9.605/98 ou o art. 60, no ponto em que remete a regulamentos extrapenais (em tal tipo, há tanto remissão a normas extrapenais, dando-se norma penal em branco – 2ª parte -, como remissão a ato administrativo concreto – 1ª parte).

A propósito, destaque-se que a possibilidade de normas em branco para dar conta de desigualdades regionais já foi objeto de discussão na Itália. A já invocada decisão 26/66 da Corte Constitucional italiana sinalizou positivamente quanto à constitucionalidade de norma penal em branco contida na Lei Florestal R.D. 3267 de 1923, que previa complemento legislativo expedido por Comitês Florestais Regionais (normas de polícia tangentes a sua competência), cuja transgressão poderia ser penalmente punida. A Corte tomou em conta que, para prevenir perigos de desmatamento, perda de estabilidade de terrenos ou turbação dos regimes de águas, era importante assegurar a aderência da lei “às diferentes situações

climáticas, geológicas, culturais, ambientais, sociais (...) emanadas pelas Câmaras de Comércio [a que pertenciam os Comitês Florestais] província por província...”³⁰

4. Síntese Dogmática

Em resumo, podem-se enumerar três exigências cumulativas que o legislador deve observar para a confecção da norma penal em branco sem infração ao princípio da reserva legal, em sua dimensão formal: 1) que a norma penal estabeleça o “núcleo duro” da norma, ligado aos verbos, à definição de o *que* necessita de complemento e aos destinatários da norma, de maneira a controlar exclusivamente a escolha político-criminal do penalmente punível; 2) que remeta ao complemento apenas aspectos técnicos, de caráter científico, por uma necessidade clara, proveniente sobretudo daquilo que se necessita para eficaz proteção do bem jurídico, ou pela necessidade de ajustes regionais e locais, derivados de especificidades geográficas, sócio-culturais, econômicas, etc.; 3) que a instância complementadora do branco já tenha atribuições atinentes à área da vida sobre a qual incide a norma penal, sobretudo regulação extrapenal ou atividade de gestão, controle, etc.

Com tais limites, a reserva constitucional à lei - como fonte formal da norma incriminadora, editada pelo Poder Legislativo da União enquanto fonte material privativa (art. 22, I e parágrafo único, CR) - não sofre menoscabo.

5. Referências Bibliográficas

- BAUMAN, Zygmunt. *A vida fragmentada: ensaios sobre a moral pós-moderna*. Lisboa: Relógio d'Água, 2007.
- _____. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte geral*. Vol. 1. 11ªed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CALLEGARI, André Luís. “Legitimidade constitucional do direito penal econômico: uma crítica aos tipos penais abertos”, in *Revista dos Tribunais*. Vol. 851. São Paulo: RT, set/2006, pp. 432 e ss..
- CURY, Enrique. *La Le Penal en Blanco*. Bogotá: Editorial Temis, 1988.
- DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal. Parte geral*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- FIANDACA, Giovanni & MUSCO, Enzo. *Diritto Penale. Parte Generale*. 3ª. ed. Bologna: Zanichelli Ed., 1995.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal (Parte Geral)*. 16 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.
- FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e liberdade*. São Paulo: Artenova, 1977.
- GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. São Paulo: UNESP, 1991.
- GOMES, Luis Flávio e GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Direito Penal. Parte geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- GRECO, Luís. “A Relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 58. São Paulo: RT, jan/2006, pp. 152 e ss..

- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.
- GUARAGNI, Fábio André. “A função do direito penal e os ‘sistemas peritos’”. In *Crimes contra a ordem econômica. Temas atuais de processo e direito penal*. (Coord. Fábio André Guaragni e Luiz Antônio Câmara). Curitiba: Juruá, 2010.
- HAYEK, Friedrich Auguste. *O caminho da servidão*. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura: Instituto Liberal, 1987.
- MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale. Parte Generale*. 6ª. ed. Padova: CEDAM, 2007.
- MARINUCCI, Giorgio e DOLCINI, Emilio. *Corso di Diritto Penale*. 3ª. ed. Milano: Giuffrè, 2001.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 7ª. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2004.
- ORTEGA Y GASSET, José. *La Rebelión de las Masas*. 2ª. ed. Santiago: Editorial Andres Bello, 1996.
- PIERANGELI, José Henrique. *Escritos jurídicos penais*. São Paulo: RT, 1999.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral. Vol.1*. São Paulo: RT, 2010.
- PULITANÒ, Domenico. *Diritto Penale*. 4ª. ed. Torino: Giappichelli Editore, 2011.
- RIVA, Carlo Ruga. *Diritto Penale dell’Ambiente*. Torino: Giappichelli Editore, 2011.
- ROMANO, Mario. *Repressione della Condotta Antisindacale. Profili Penali*. Milano: Giuffrè, 1974.
- SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.
- 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’?”, disponível em www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/08/Versão-final-da-Untermassverbot-08-07-art-33-1.pdf . Acesso em 10 de maio de 2013.
- WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal*. (Trad. José Cerezo Mir). Buenos Aires: B de F, 2004.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Tomo III*. Buenos Aires: Ediar, 1981.
- _____. ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 2000.

¹ O autor é Promotor de Justiça no Estado do Paraná. Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais (UFPR), com estágio 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, Fundação Escola do Ministério Público do Paraná - FEMPAR, CEJUR e LFG.

² O catálogo de crimes contra o meio ambiente contido na Lei 9605/98 constitui uma fotografia deste fenômeno: são tanto os tipos penais em que se condiciona a existência do crime à ausência de licenças e permissões do poder público, autorizações ambientais, leis e regulamentos administrativos que, ao final, fica a dúvida acerca de que bem jurídico se protege: o meio ambiente, uma certa política ambiental da administração pública ou, *ipso facto*, a própria administração pública ambiental (v.g, arts. 29, 30, 31, 33, II, 34, 35, II, 38, 38-A, 39, 44, 45, 46, parágrafo único, 50-A, 51, 52, 54, parágrafo 2º, V, 55, 56, 60, 62, 63, 64) Sintomaticamente, a seção V do capítulo V - crimes contra o meio ambiente - versa sobre os crimes contra a “administração ambiental”.

³ SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.148.

⁴ STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p. 57.

- 5 Cujas bases teóricas têm fundamentais pilares nas obras de HAYEK, Friedrich Auguste. *O caminho da servidão*. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura: Instituto Liberal, 1987, e FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e liberdade*. São Paulo: Artenova, 1977.
- 6 CALLEGARI, André Luís. “Legitimidade constitucional do direito penal econômico: uma crítica aos tipos penais abertos”, in *Revista dos Tribunais*. Vol. 851, p. 435. São Paulo: RT – Thomson Reuters, set/2006. Acrescenta com exatidão que “acaba se produzindo o trânsito de uma economia ‘dirigida’ (ou de intervenção) a uma economia ‘controlada’.”
- 7 Afirma GIDDENS que o capitalismo produziu um desencaixe temporal e espacial – é este que agora interessa – da confiança do indivíduo. Para fundar uma relação de confiança, ele não precisa dividir o mesmo espaço e o mesmo tempo com outro indivíduo como condição para poder nele confiar. As relações de confiança não precisam de simultaneidade de tempo e lugar. Afinal, o indivíduo crê não em outro indivíduo, mas em “sistemas peritos” (GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: UNESP, 1991, pp. 35-36), que são conjuntos de conhecimentos técnicos aportados em um objeto. Sobre a intercessão entre direito penal e sistemas peritos, GUARAGNI, Fábio André. “A função do direito penal e os ‘sistemas peritos’”. In: Fábio André Guaragni; Luiz Antônio Câmara. (Org.). *Crimes contra a ordem econômica - temas atuais de processo e direito penal*. Curitiba: Juruá, 2010, pp. 72-87.
- 8 BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Zahar, 1999, p. 18.
- 9 BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Zahar, 1999, p. 15.
- 10 Por todos, CURY, Enrique. *La Le Penal en Blanco*. Bogotá: Editorial Temis, 1988, p. 25, identifica a origem da categoria no século XIX, atribuindo-a a KARL BINDING, para quem “enquanto a maioria das leis penais são *plenas ou completas*, porque nelas tanto o preceito como a sanção se encontram totalmente determinados, existem outras que só definem a sanção, ao passo que do preceito oferecerem uma descrição parcial, remetendo, para seu complemento, a outro texto legal preexistente ou futuro.”
- 11 MARINUCCI, Giorgio e DOLCINI, Emilio. *Corso di Diritto Penale*. 3ª. ed. Milano: Giuffrè, 2001, p.114. Do mesmo modo, WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal*. (Trad. José Cerezo Mir). Buenos Aires: B de F, 2004, p. 181, definindo leis penais em branco como “aquelas que contêm só a ameaça da pena e no que respeita ao tipo remetem a outras normas”, do que se entrevê alusão de remissão integral a outra norma a partir do preceito primário, de um lado, e ênfase na fonte de conhecimento ou formal ao definir a categoria dogmática, de outro. Refere-se à fonte formal também CURY, Enrique. *La Le Penal en Blanco*. Bogotá: Editorial Temis, 1988, pp. 39-40, ao conceituar norma penal em branco como “toda aquela que remete o complemento do seu preceito à disposição distinta, quaisquer que sejam a origem e localização desta última”.
- 12 Dá-se neste exemplo um *reenvio externo*, porque uma norma penal em branco remete à norma contida em lei diversa daquela que a prevê. Se a outra norma estivesse contida *na mesma lei*, haveria *reenvio interno*. Assim, a norma penal em branco de complementação homogênea pode operar reenvio externo (a outra lei) ou interno (à outra norma da mesma lei). Assim, CURY, Enrique. *La Le Penal en Blanco*. Bogotá: Editorial Temis, 1988, p. 42. Este autor alude, ainda, à norma penal em branco *ao revés*, categoria criada por GRISPIGNI para designar normas que estabelecem o preceito primário, enviando a outra norma o conteúdo da sanção. No Brasil, o uso de documento falso, art. 304, CP, serve de exemplo, remetendo a sanção aos tipos incriminadores dos próprios atos de falsificação. Note-se que a norma penal em branco está *ao revés*, porque em regra a categoria concerne à necessidade de complemento no preceito (preceito primário), não na sanção (preceito secundário).
- 13 Consideram a fonte de conhecimento na definição de norma penal em branco: PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral. Vol.1. São Paulo: RT, 2010, pp. 183-184; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte geral*. Vol. 1. 11ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 170; DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 2ª. ed.. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2004, p. 225; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal (Parte Geral)*. 16 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 92. Optando pela fonte de produção, PIERANGELI, José Henrique. *Escritos jurídicos penais*. São Paulo: RT, 1999, p.176; GOMES, Luis Flávio e GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Direito Penal. Parte geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pp. 71-74. Tomando ambos os sentidos em conta, GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 20. Há prevalência das fontes materiais sobre as formais quando se vai à origem da norma penal em branco, em BINDING. Cf. MIR PUIG (*Derecho Penal. Parte General*. 7ª. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2004, p. 76), ela “serviu na Alemanha para explicar os casos em que a lei do Império (Código Penal do Reich) deixava a determinação da hipótese de fato nas mãos dos Estados federados (Länder) ou dos Municípios. A lei penal em branco é concebida (...) como ‘autorização’ ou ‘delegação’ por parte de um órgão legislativo superior em relação a órgãos de inferior hierarquia...”
- 14 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo III. Buenos Aires: Ediar, 1981, p. 190. Diferente, utilizando um

conceito que apela para fontes formais, ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 2000, p. 108.

- [15](#) Destacando favoravelmente este fundamento, CURY, Enrique. *La Le Penal en Blanco*. Bogotá: Editorial Temis, 1988, pp. 51-52.
- [16](#) ORTEGA Y GASSET, José. *La Rebelión de las Masas*. 2ª. ed. Santiago: Editorial Andres Bello, 1996, p. 143.
- [17](#) V. notas 06. Cf. GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. São Paulo: UNESP, p. 35, os *sistemas peritos* são “sistemas de excelência técnica ou competência profissional que organizam grandes áreas dos ambientes material e social em que vivemos hoje”.
- [18](#) Também assim GOMES, Luis Flávio e GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Direito Penal*. Parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pp. 44-45.
- [19](#) PULITANÒ, Domenico. *Diritto Penale*. 4ª. ed. Torino: Giappichelli, 2011, p. 103: “O conceito de lei se refere à lei formal emanada do Parlamento e promulgada pelo Presidente da República (...) estamos no sulco da fundação iluminista do princípio da legalidade: a lei penal como expressão da vontade formada e expressa pelo órgão representativo.”
- [20](#) Cf. GRECO, Luís. “A Relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 58. São Paulo: RT, jan/2006, p. 164.
- [21](#) A respeito, v. 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’?”, disponível em WWW.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/08/Versão-final-da-Untermassverbot-08-07-art-33-1.pdf . Acesso em 10 de maio de 2013.
- [22](#) GRECO, Luís. “A Relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 58. São Paulo: RT, jan/2006, pp. 169.
- [23](#) Idem, p. 170.
- [24](#) Apud MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale*. Padova: CEDAM, 2009, pp. 46-47. A decisão está disponível em <http://www.giurcost.org/decisioni/1966/0026s-66.html>. Acesso em 05.03.2012.
- [25](#) PULITANÒ, Domenico. *Diritto Penale*. 4ª. ed. Torino: Giappichelli, 2011, p. 108.
- [26](#) PULITANÒ, Domenico. *Diritto Penale*. 4ª. ed. Torino: Giappichelli, 2011, p. 108.
- [27](#) ROMANO, Mario. *Repressione della Condotta Antisindacale. Profili Penali*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 171.
- [28](#) MARINUCCI, Giorgio e DOLCINI, Emilio. *Corso di Diritto Penale*. 3ª. ed. Milano: Giuffrè, 2001, p. 104. Aceitando a constitucionalidade das remissões de caráter técnico, v. FIANDACA, Giovanni & MUSCO, Enzo. *Diritto Penale. Parte Generale*. 3ª. ed. Bologna: Zanichelli Ed., 1995, p. 57.
- [29](#) RIVA, Carlo Ruga. *Diritto Penale dell’Ambiente*. Torino: Giappichelli Editore, 2011, pp. 39-40.
- [30](#) Disponível em <http://www.giurcost.org/decisioni/1966/0026s-66.html>. Acessado em 05.03.2012.

A produção de prova testemunhal e a releitura constitucional do art. 366 do Código de Processo Penal¹

João Paulo Santos Schoucair

Síntese Dogmática

A presente tese, inserida na Área Criminal, sedimenta seu objetivo na demonstração da necessidade de uma nova formatação da produção da prova testemunhal, nos casos de suspensão do processo, aquilatada pelo art. 366 do Código de Processo Penal, sem se afastar do norte magnético da preservação dos direitos humanos.

1. Introdução

Como é cediço, o processo penal, instrumento de salvaguarda de garantias, após as inúmeras reformas das últimas décadas, dando conformidade constitucional ao ultrapassado modelo instituído, quando do soerguimento do Código de Processo Penal, tem sua dinamicidade plenificada na análise da viabilidade da ação penal, com seu recebimento ou não, para, só então, ser determinada a citação para oferecimento de resposta escrita.

Por sua vez, problema algum existirá quando o acusado for localizado para ser citado, devendo o processo seguir, em não sendo o caso de absolvição sumária, para a realização de audiência de instrução e julgamento, com a efetivação dos debates orais e prolação de comando sentencial. No entanto, em caso de não localização do acusado, será o mesmo citado por edital, impondo-se a suspensão do processo, por força do art. 366 do Código de Processo Penal, se ele não comparecer ou não constituir advogado.

Fincadas tais premissas, exsurge a necessidade do enfrentamento dos novos contornos da suspensão do processo em relação à produção de prova testemunhal, o qual não tem o propósito de firmar qualquer tipo de axioma, mas apenas de catalisar, humildemente, o qualificado embate intelectual, a fim de suavizar a delicada equação composta pelas matrizes da ampla defesa e busca da verdade, consolidando posicionamento institucional dentro do Ministério Público brasileiro.

2. Do arcabouço normativo para a realização da citação editalícia

Sem perder de vista que a citação é o ato processual com que se dá conhecimento ao réu da acusação contra ele intentada, a fim de que possa defender-se e vir integrar a relação processual, sua efetivação é ato essencial, de modo a garantir o contraditório e a ampla defesa, sob pena de nulidade absoluta, nos termos do art. 564, inciso III, e, do Código de

Processo Penal.

Tendo como efeito primordial a instauração da instância, com a composição da relação processual, a citação pode ser *pessoal* (aquela que se dá na pessoa do acusado): mandado, carta precatória, carta rogatória, ofício requisitório e carta de ordem ou *facta* (aquela que se faz mediante editais, que podem ser publicados na imprensa e/ou afixados no átrio do fórum).

Não desmerecendo a importância das demais modalidades citatórias, interessa ao presente trabalho a citação por edital, a qual terá como paradigma o desconhecimento do local onde se encontra o acusado, como reza o art. 361 Código de Processo Penal, ou seja, quando não for possível a localização do citando a integrar a relação processual, só podendo acontecer, frise-se, por oportuno, depois de esgotados todos os meios de efetivação da citação real.

Assim sendo, frustradas as tentativas da realização da citação por mandado, com a certificação de que o citando se encontra em local incerto e não sabido, sob pena de nulidade, será aquilatada a citação editalícia, com a concessão de prazo de 15 (quinze) dias após a regular publicação e a estrita observância dos requisitos do art. 365 do Código de Processo Penal, quais sejam: o nome do juiz que a determinar, o nome do réu ou se não for conhecido os seus sinais característicos, bem com sua residência e profissão, se constarem do processo e a finalidade² da citação.

Publicado o edital, com prazo específico, no átrio do fórum ou em jornal, onde houver, sua prova deverá ser trazida aos autos, com a juntada da página de sua veiculação e certificação de sua respectiva afixação, impondo-se ao julgador as medidas previstas no art. 366 do Código de Processo Penal, com exceção para os crimes de previstos na Lei nº 9.613/98 (Lavagem de Dinheiro).

3. Dos corolários legais para a citação editalícia frustrada

Esgotadas as tentativas de citação pessoal e percorridas as formalidades da citação editalícia, determina o legislador que, nas hipóteses de não comparecimento do acusado e de não constituição de advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal.

Desse modo, importante consignar que, para os crimes cometidos a partir da entrada em vigor da Lei nº 9.271/96, serão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, devendo, à luz de entendimento sumulado³ do Superior Tribunal de Justiça, sua contagem ser retomada, após transcurso do período máximo da pena em abstrato, voltando então a correr pelo mesmo prazo, malgrado exista posicionamento do Supremo Tribunal Federal⁴ proclamando a sua indefinida suspensão.

Outrossim, impera a possibilidade da decretação da prisão preventiva do acusado, desde que atenda ao requisito do *fumus comissi delicti*, ou seja, a probabilidade da ocorrência de um delito, consubstanciada na prova da existência de um crime e nos indícios suficientes de autoria; bem como se fundamente no *periculum libertatis*, qual seja o perigo que decorre do estado de liberdade do sujeito passivo (garantir a ordem pública, a ordem econômica, ou por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal).⁵

4. Da necessidade de produção de prova testemunhal no caso de suspensão do processo em razão de citação editalícia

Superada a demonstração dos contornos da citação editalícia e sua influência sobre o andamento do processo, bem como seus reflexos na pretensão persecutória e na manutenção da liberdade do acusado, impõe-se seja enfrentada a questão da produção probatória, evitando-se, assim, que a fragilidade probatória e a impunidade continuem a imperar como regra no Brasil.

Por certo, não se poderá determinar que todas as provas sejam produzidas, ao alvedrio do acusado, mas sim aquelas consideradas urgentes, cujo tempo e circunstâncias da vida aplacam sua conservação, dentre as quais estão a prova pericial e a prova testemunhal, pairando sobre essa última acalourada discussão doutrinária e posicionamentos jurisprudenciais divergentes.

A primeira corrente, capitaneada por entendimento sumulado⁶ do Superior Tribunal de Justiça, assevera que a produção antecipada de qualquer tipo de prova, com base no art. 366 do Código de Processo Penal, necessita de concreta fundamentação, sob pena de violação aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, sendo valiosas as lições do NUCCI:

Não se deve banalizar a possibilidade de produção antecipada de provas, crendo ser regra o que vem a ser exceção. Somente provas realmente perecíveis precisam ser efetivadas na ausência do réu, ainda que lhe seja nomeado defensor dativo. Dentre as que demandam maior controvérsia, está, inequivocamente, a prova testemunhal.

Alguns defendem que a testemunha deve ser ouvida, porque pode esquecer o que viu ou sabe com o passar do tempo – por isso é sempre urgente. Outros, preservando a excepcionalidade estabelecida em lei, preferem crer que somente o prudente critério do juiz poderá decidir e discernir acerca da prova testemunhal urgente, de outra, que irrelevante se apresenta. Ouvir uma criança, que tenha visto um crime, é urgente, pois o próprio desenvolvimento físico e psicológico do informante pode alterar-se, comprometendo relevantes dados armazenados em sua memória. Entretanto, ouvir uma pessoa que, na fase policial, já declarou que apenas ouviu dizer a respeito de quem seria o autor do crime, sem fornecer nenhum outro dado relevante, é indevido. Assim, sustentamos que cabe ao prudente critério do magistrado decidir a respeito da urgência da prova, sem haver qualquer tipo de generalização.⁷

No mesmo caminho, trilham outros renomados doutrinadores e arestos jurisprudenciais:

b) se existe a necessidade de produção antecipada das provas, caso sejam consideradas urgentes. De acordo com Súmula n. 455 do Superior Tribunal de Justiça, “a decisão que determinar a produção antecipada de provas com base no art. 366 do CPP deve se concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso do tempo”. A finalidade da súmula é evitar o que alguns juízes vinham fazendo, isto é, realizando a produção antecipada em todo e qualquer processo, alegando que o decurso do prazo poderia fazer as testemunhas se esquecerem de detalhes do fato criminoso. Assim, de acordo com a súmula – e com texto legal –, é necessário que a prova seja considerada urgente. Exs.: testemunha com doença grave e que está prestes

a morrer; vítima que está de mudança para o país longínquo etc.⁸

Durante a suspensão do processo, a regra é de que não seja antecipada produção probatória. Em casos devidamente justificados – a exemplo da iminência de perecimento da prova –, o juiz, a partir de um critério de necessidade, adequação e proporcionalidade da medida, ordenará a antecipação, que será produzida com a prévia intimação do Ministério Público, do querelante e do defensor público ou dativo, na falta do primeiro, designado para o ato (§ 3º, art. 363, CPP, que seria acrescentado pela Lei nº 11.719/2008).⁹

Determinada a suspensão do processo, autoriza expressamente a lei em exame que as provas de caráter urgente poderão ser efetuadas, amparada a sua realização pelo espírito geral do processo cautelar e que já se encontrava disciplinado de certa forma pelo próprio Código de Processo Penal.

[...]

Como se está em sede cautelar é forçoso lembrar que a tutela emergencial tem fundamentos distintos daquela de conhecimento e da executiva. Daí porque a mera suspensão no processo em face da revelia não se constitui em causa autorizadora da determinação da prova antecipada. A suspensão por si apenas, não constitui situação que gere “periculum in mora”, ainda que o “fumus boni iuris” possa ser a priori identificado. Assim, da fundamentação da admissibilidade, o julgador não poderá apenas se escorar no decreto suspensivo, vez que este, isoladamente, nada diz em relação à tutela cautelar.

E importante frisar este ponto vez que, se o objetivo da lei é a plena participação do acusado na construção da verdade processual, a prova produzida antecipadamente de forma inadequada pode servir para frustrar o objetivo da lei que é por demais saudável e, nada verdade, servir – metaforicamente – apenas como uma cilada processual, onde o réu ausente, ao ser localizado já encontrará um acervo definido apenas aguardando a valoração final.¹⁰

HABEAS CORPUS. ROUBO SEGUIDO DE MORTE TENTADO. SUSPENSÃO DO PROCESSO (ART. 366 DO CPP). PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA TESTEMUNHAL. URGÊNCIA NÃO DEMONSTRADA. 2. Segundo a jurisprudência consolidada nesta Corte, a produção antecipada de provas pressupõe a existência de risco concreto de perecimento das informações necessárias ao êxito da persecução penal, devendo a determinação de sua produção, conforme a Súmula 455, ser concretamente fundamentada, “não a justificando unicamente o mero decurso do tempo”. 3. Na hipótese, o Juiz de primeiro grau não apontou, objetivamente, as razões pelas quais determinou a produção antecipada de provas, sendo certo que o mero fato de se tratar de prova testemunhal não evidencia, por si só, o seu caráter urgente. 4. Diante disso, revela-se adequado o reconhecimento da nulidade da sentença e do acórdão, devendo ser renovada a prova oral acusatória e ouvidas as testemunhas, de modo a assegurar a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa. 5. Ordem concedida.¹¹

PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. RÉU REVEL. SUSPENSÃO

DO PROCESSO E DO LAPSO PRESCRICIONAL. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA ORAL. MERO DECURSO DO TEMPO. JUSTIFICATIVA INSUFICIENTE. DEMONSTRAÇÃO CONCRETA DA NECESSIDADE. SÚMULA 455/STJ. 1. Nos termos do entendimento pacífico desta Corte, cristalizado no verbete sumular nº 455, a produção antecipada de provas, com base no art. 366 do Código de Processo Penal, deve ser concretamente fundamentada, não bastando a mera alegação de que o decurso do tempo poderá levar as testemunhas ao esquecimento. *In casu*, é imperioso ter em consideração que, embora o fato seja de 2003, vindo a ser oferecida a denúncia apenas em 2007, com o seu recebimento em 2008, não há notícia de qualquer colaboração do recorrente para tal cenário. 2. Recurso provido para anular a colheita antecipada de provas realizada, com o desentranhamento de tais elementos dos autos.

[12](#)

Em outro giro, na incondicional defesa de um processo efetivo, que tenha a busca da verdade como seu marco, descortina-se abalizado posicionamento doutrinário, sustentando que o tempo e as intempéries da vida, por si só justificam a antecipação da produção probatória testemunhal, no caso em foco, sendo imprescindível a exortação do escólio de BARROS:

A prática com o processo penal nos mostra que quando o acusado comete um crime, mas não é localizado, a mera citação por edital não tem a mínima efetividade, é mister que seja determinada a produção antecipada das provas consideradas urgentes, neste conceito se enquadra perfeitamente a prova testemunhal, pois caso a mesma não seja colhida *oportuno tempore*, haverá irreversíveis danos a memória dos fatos.

A colheita da prova testemunhal tardia compromete a busca da verdade tanto pela limitação da memória humana como também pela real possibilidade das testemunhas não serem, ao tempo da instrução, encontradas, fato que viola o princípio da proibição de proteção penal deficiente, pois ocasionará impreterivelmente a absolvição do acusado.

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.

Para assegurar a proteção de um direito fundamental que é a segurança, foi desejo do legislador, ao editar o artigo 366 do Código de Processo Penal, proteger o acusado, na medida que o mesmo não pode ser julgado sem ser ouvido, mas, para não violar o princípio da proibição de proteção penal deficiente, autorizou a colheita das provas urgente, entre elas, as que mais risco correm de desaparecer, as provas testemunhais. [13](#)

Em igual sintonia, mister se faz necessária a transcrição do magistério de outros estudiosos do Processo Penal, reverberado, recentemente, pelo Supremo Tribunal Federal, senão vejamos:

Tendo em conta que o art. 366 do CPP não fixa lapso temporal durante o qual processo

e a prescrição deverão permanecer suspensos, parece-nos que toda e qualquer prova testemunhal deve ser considerada de natureza urgente, de modo semelhante, aliás ao que ocorre nas hipóteses de questão prejudicial, em que os arts. 92 e 93 do CPP determinam que, antes de determinar a suspensão do processo e da prescrição, deve o juiz realizar a inquirição das testemunhas e de outras provas de natureza urgente.

Ante o efeito deletério que a passagem do tempo exerce sobre a memória das testemunhas, a produção antecipada da prova testemunhal deve ser determinada pelo juiz por ocasião da aplicação do art. 366 do CPP. Quem atua no dia a dia do fórum criminal atesta com facilidade que testemunhas costumam se esquecer rapidamente do fato delituoso, visto que a memória humana é suscetível de falhas com decurso do tempo. Ademais, é muito comum a mudança de endereços, o que pode vir a prejudicar a localização de ofendido e testemunhas se acaso sua oitiva vier a ser realizada após um longo período de suspensão do processo. Portanto, caso as testemunhas não sejam ouvidas de imediato na presença do órgão do Ministério Público e de um defensor *ad hoc*, corre-se o risco concreto de esvaziamento da prova testemunhal, o que, sem dúvida, comprometerá um dos objetivos do processo penal, que é a busca da verdade, inviabilizando a própria persecução penal. Por isso, pensamos que, antes de determinar a suspensão do processo e da prescrição com fundamento no art. 366 do CPP, há de ser determinada a colheita da prova testemunhal.¹⁴

Deixou a lei também de esclarecer o que se deve considerar como prova urgente, para efeito de produção antecipada. Além das perícias que, evidentemente se adéquam ao conceito, entendemos que devemos fazer uma interpretação analógica (CPP, art. 3º), aplicando-se o art. 92, *in fine* (“inquirição de testemunhas e de outras provas de natureza urgente”). Por este dispositivo, parece-nos que a prova testemunhas é sempre urgente.¹⁵

Insta a esclarecer que na hipótese de o réu, citado por edital, não atender ao chamado nem constituir Advogado, pode o Juiz determinar a produção “das provas consideradas urgentes”. Que provas são estas? Depende do caso concreto. Todavia, em se tratando de perícias, busca e apreensão, e até mesmo de audiência de testemunhas, não se lhes pode negar o caráter de urgência, à semelhança do que ocorre com art.92 do CPP, ao dispor que, sendo suscitada questão prejudicial, séria e fundada, a respeito do estado civil das pessoas, o curso da ação penal ficará suspenso até que no juízo cível seja a controvérsia dirimida por sentença passada em julgado, “sem prejuízo, entretanto, da inquirição das testemunhas e de outras prova de natureza urgente”.

Ora, se o pronome adjetivo “outras”, num discurso, retoma sempre a ideia ou conceito dado anteriormente, parece claro que o legislador reputou o testemunho como prova de natureza urgente. E, com efeito, considerando a imprevisibilidade da morte, a inquirição de testemunha é providência que deve ser tomada com certa urgência. Não são apenas os testemunhos das pessoas elencadas nos art. 225 deste Código que apresentam a marca da urgência. É claro que a testemunha pode mudar de endereço, sem que se saiba onde foi morar, pode ausentar-se do Estado ou do País, ficar gravemente enferma, de molde a nem poder comunicar-se com o mundo exterior, falecer. Tais circunstâncias já indicam que, suspenso o processo, na hipótese de o Juiz determinar a

produção antecipada das provas consideradas urgentes, uma destas será a testemunhal. Na verdade, se com a simples suspensão do processo, em face de uma questão prejudicial, cuja solução no cível não dura mais três ou quatro anos, o legislador determinou a “ouvida das testemunhas e de outras provas de natureza urgente”, é sinal de que considerou a prova testemunhal como urgente. De se concluir, pois, a nosso juízo, que, em se tratando de réu que não atendeu à citação editalícia nem constituiu Advogado, não deve o Juiz limitar-se a inquirir as testemunhas que estejam enfermas ou idosas. E se o réu comparecer dez ou quinze anos depois? As testemunhas seriam capazes de relatar pormenores? Não poderiam morrer nesse espaço-tempo? Mudar de endereço sem que se possa localizá-las? Evidente que o Juiz, em hipóteses dessa natureza, deve não só colher antecipadamente os depoimentos, como, inclusive, determinar perícias e busca apreensão, se for o caso.¹⁶

Habeas corpus. 2. Furto qualificado. Réu citado por edital. Suspensão do processo e determinação da produção antecipada da prova testemunhal. Art. 366 do CPP. 3. Alegação de ausência de fundamentação a justificar a colheita da prova oral. 4. Possibilidade concreta de perecimento. Ausência de prejuízo em razão da possibilidade de reiteração em juízo. Constrangimento ilegal não caracterizado. 5. Ordem denegada.¹⁷

Habeas corpus. 2. Tentativa de homicídio. Réu citado por edital. Suspensão do processo, do prazo prescricional e determinação da produção antecipada da prova testemunhal. 3. Ausência de fundamentação a justificar a colheita da prova oral. 4. Peculiaridades do caso. Possibilidade concreta de perecimento. Ausência de prejuízo em razão da reiteração em juízo. Constrangimento ilegal não caracterizado. 5. Ordem denegada.¹⁸

Ademais, é imperioso sublinhar que, além da dinâmica da vida poder colocar fim ao curso da existência da testemunha e/ou vítima, bem como transmudar sua localização, o transcurso do tempo é fundamental para o esquecimento, pois os detalhes dos acontecimentos escoam-se no tempo e a forma de retenção da memória é bastante complexa, não permitindo que se busque em uma “gaveta” do cérebro a recordação tal e qual ela foi apreendida, razão pela qual, em cada evocação da lembrança, uma nova modificação seja feita, como adverte GESU:

Se a memória opera efetivamente a partir do presente, tal como o paradoxo apontado por OST e confirmado por VIRILIO, conservando-se na memória tão-somente aquilo que é reconstruído, a velocidade e a instantaneidade dos acontecimentos, aliada ao decurso do tempo, não permitira a recordação, isto é, a fixação dos fatos na memória. Por isso é que a prova deve ser colhida em um prazo razoável.

Ademais, “o tempo necessário para a percepção e para o discernimento é também necessário à conservação, e é natural que se o estímulo prolongar a sua ação sobre o centro das imagens formadas e dos seus derivados”.

Através do estudo da memória, não só pelo aspecto neurológico, mais principalmente pelo viés social, compreendemos que a aceleração e o ritmo de uma sociedade complexa influem na formação da memória, pois a velocidade dos acontecimentos, muitas vezes, não permite que os fatos sejam fixados na memória, a qual requer tempo para a consolidação e posterior evocação.

Destarte, diante da conflituosa relação do tempo/memória e esquecimento, respondemos afirmativamente ao questionamento antes proposto, no sentido de a coleta da prova em um prazo razoável aumentar sua confiabilidade, ou, ao menos, minimizar os danos em relação à falsificação da lembrança. Para isso, pensamos em uma equação simples: quanto menor o intervalo de tempo entre o fato delituoso e as declarações das vítimas e das testemunhas, menor será a possibilidade de haver esquecimento a menor possibilidade de influências externas. Tudo isso aliado a uma entrevista forense realizada com qualidade.

Ao fim, sem prejuízo da filmagem dos depoimentos, quando de sua produção na fase de suspensão do processo, ou do seu refazimento, se um dia, no futuro, o acusado aparecer e comprovar prejuízo, não esperar, *data maxima venia*, o transcorrer do tempo e, com ele, o esvaziamento das marcas psicológicas, antecipando a produção da prova oral, significa vedar-se-á à proibição da proteção deficiente ou proibição da infraproteção (*Untermassverbot*)¹⁹, pela qual se compreende que, comprometendo-se o Estado a tutelar, pela via constitucional, bens e valores fundamentais (vida, liberdade, honra, etc.), deve fazê-lo obrigatoriamente na melhor medida do possível, reafirmando o compromisso ministerial de lutar por um processo penal efetivo.

Nesta direção, caminha FELDENS:

Nessa perspectiva, a interpretação dos princípios e garantias deve-se realizar na integralidade da relação jurídica envolvida pelo Direito Penal, abrangendo o plano processual. O direito à tutela judicial efetiva, por exemplo, pressupõe que a atividade jurisdicional inclua, em seu norte de atuação, o direito do titular do direito fundamental lesado de ver a causa penal julgada em tempo razoável e de que, na hipótese de decisão condenatória, seja a sanção efetivamente implementada.

5. Conclusões

Diante do exposto, com lastro nos fundamentos arremessados, conclui-se, numa interpretação sintonizada com o atual perfil constitucional do Ministério Público, que:

1. A citação editalícia deve ser concebida como medida de exceção e atender a moldura legal imposta pelo art. 361 do Código de Processo Penal;
2. A citação editalícia que não alcançar o comparecimento do acusado ou a constituição de advogado trará como consequências a suspensão do processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção de provas urgentes e, se for o caso, decretar a prisão preventiva;
3. A produção da prova oral deverá ser a regra, em razão da implicitude do perigo de sua demora, quando o processo for suspenso, na forma acima indicada, sem prejuízo de seu refazimento, no caso da demonstração de efetivo prejuízo ao acusado.

¹ João Paulo Santos Schoucair é Promotor de Justiça de Ribeira do Pombal/BA. Professor de Direito Processual Penal Convidado da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais AGES e da Fundação Escola Superior do Ministério Público da Bahia. Pós-graduado em Ciências Criminais pela Fundação Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Membro do Grupo Nacional de Membros do Ministério Público - GNMP. Associado ao Movimento Ministério Público Democrático.

² Súmula 366 do STF: “Não é nula a citação por edital que indica o dispositivo da lei penal embora não transcreva a denúncia ou queixa ou não resuma os fatos em que se baseia.”

³ Súmula 415 do STJ: “O período de suspensão do prazo prescricional é regulado pelo máximo da pena cominada”.

⁴ STF, 1ª T., RE nº 460.971, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ. 30.03.07.

- [5](#) JÚNIOR LOPES, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 104-111.
- [6](#) Súmula nº 455 do STJ: “A decisão que determinar a produção antecipada de provas com base no art. 366 do CPP deve se concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso do tempo”
- [7](#) NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processual Penal e Execução Penal*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 649-650.
- [8](#) REIS, Alexandre Cebrian Araújo. *Direito Processual Penal Esquemático*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 437.
- [9](#) TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosimar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013, p. 699.
- [10](#) CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal Comentários Consolidados e Crítica Jurisprudencial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 597-598.
- [11](#) STJ, 6ª T., HC nº 201001864730, Rel. Min. Og Fernandes, DJE 27.08.12.
- [12](#) STJ, 6ª T., RHC nº 27094, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJE 05.09.12.
- [13](#) BARROS, Francisco Dirceu. *Curso de Processo Penal para Concursos*. 1. ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p.187 (no prelo).
- [14](#) LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de Processo Penal*. Niterói, RJ: Impetus, 2013, p. 1256.
- [15](#) MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Curso Temático de Processo Penal*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010, p.
- [16](#) TOURINHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal Comentado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 644-645.
- [17](#) STF, 2ª T., HC nº 110280, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJE 17.08.12.
- [18](#) STF, 2ª T., HC nº 108080, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJE 14.06.12.
- [19](#) FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 435.

A Nova Identidade do Ministério Público na Atuação Extrajudicial e Judicial para Consecução de Políticas Públicas no Sistema Prisional

*Luciana Perpétua Corrêa**

1-Esse trabalho foi realizado inspirado na nova postura do membro do Ministério Público, principalmente pela experiência da autora, nas searas extrajudicial e judicial no sistema prisional, que transmudou com o passar dos anos, deixando de ser somente órgão de execução que realiza manifestações processuais em autos de execução penal, para agente articulador e demandante na implementação de políticas públicas imprescindíveis à eficácia máxima dos direitos fundamentais, sociais e individuais constitucionais e infraconstitucionais descritos na Constituição Federal de 1988 e na Lei de Execuções Penais em todas as áreas do direito.

No mais, esse trabalho visa trazer algumas sugestões para minimizar as dificuldades práticas e jurídicas, dos membros que cumulam atribuições na realização de trabalhos de direitos difusos no sistema prisional e outras curadorias, como é o caso da autora deste trabalho.

Destaca-se que há várias áreas de atuação relativas a direitos difusos em que o membro do Ministério Público exerce suas atribuições, atualmente, extrajudicial e judicialmente, como saúde no presídio, educação, higiene pessoal, direito sanitário meio ambiente (canalização do esgoto – poluição hídrica), deficiência física e mental, controle externo da atividade policial e curador de educação.

Essas teses, também, colacionam as dificuldades dos membros para a implementação de políticas públicas para auferir eficácia máxima os direitos fundamentais previstos na Lei de Execuções Penais e na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Por fim, a mudança de identidade do Ministério Público em relação à atuação do sistema prisional merece reflexões, para uma adequação administrativa e estrutural para atendimento da demanda..

Assim, esse trabalho traz a nova identidade do membro do Ministério Público que atual no sistema prisional, nas searas extrajudicial e judicial.

2-O Ministério Público possui um papel de grande relevância na atuação junto ao sistema prisional, porque enquanto o guardião do Estado Democrático de Direito, tem a responsabilidade de garantir os direitos individuais e fundamentais àqueles que estão cumprindo a sanção penal do Estado. A dignidade da pessoa humana é pilar do Estado Democrático de Direito.

Segundo Häberle “ a dignidade da pessoa humana aduzindo que “é **premissa antropológico-cultural**, pela soberania popular e divisão de poderes, pelos direitos fundamentais e tolerância, pela pluralidade de partidos e independência dos tribunais” ¹

Salienta-se que para assegurar direitos fundamentais aos reclusos, necessária se faz a implementação de várias políticas públicas.

Na Comarca de Igarapé, onde a autora deste trabalho exerce suas atribuições, por exemplo, há problemas de superlotação nos presídios, o que dificulta sobremaneira o atendimento dos direitos garantidos na LEP aos reclusos, como educação, já que há salas de aula com superlotação.

No mais, não há na Comarca Casa de Albergado e os sentenciados cumprem o regime aberto em prisão domiciliar. A ausência dessa estrutura intermediária de ressocialização e reintegração do preso em regime aberto à sociedade, implica na reiterada prática de crimes por sentenciados que acabaram de receber o alvará de soltura, porque não conseguem imediatamente reintegrar no mercado de trabalho social.

Assim, o papel do membro do Ministério Público mostra-se proativo e articulador para a implementação das políticas públicas necessárias para assegurar os direitos consubstanciados na Lei de Execuções Penais e na Constituição Federal de 1988.

3- O papel do Ministério Público, sob a ótica de uma nova identidade, no sistema prisional, além de suas atribuições de fiscalização e manifestação em processuais judiciais, abrange atuação extrajudicial e judicial, em várias áreas do direito, a fim de assegurar direitos difusos e coletivos aos agentes que participam do sistema prisional.

Senão vejamos algumas áreas de atuação:

4-Atuação do Ministério Público para garantir a segurança nos presídios

O direito à segurança pública é um direito individual constitucionalmente **protegido, descrito no artigo 5º, caput, da Constituição Federal de 1988**, bem como o da **pacificação social é um dos pilares da República Federativa do Brasil de 1988**.

Os direitos fundamentais têm efeito irradiante obrigatório no ordenamento jurídico e maculam a validade de normas infraconstitucionais que não estejam de acordo com os seus preceitos. Ademais, esses direitos norteiam toda a interpretação de normas processuais pátrias, no sentido de que devem elas garantir a sua máxima efetividade, inclusive nas relações privadas². Nesse sentido, Ricardo Augusto Schmitt aduz: “(...) de acordo com as mais basilares lições de Direito Constitucional trazidas por Hans Kelsen (estudo da pirâmide de Kelsen), sabemos que a Constituição é o fundamento de validade de todas as normas que compõe determinado ordenamento jurídico, o que traduz na necessidade dos operadores do direito realizarem a releitura das normas legais sempre de cima para baixo (a partir da Constituição Federal para as normas constitucionais) e nunca de forma contrária”³ (Ricardo Augusto Schmitt. *Sentença Penal Condenatória: Teoria e Prática*. 7ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012. p.99). Também, Pérez Luño: “(...) nenhuma norma infraconstitucional é facultada ignorar os valores constitucionais, que servem de lastro para a interpretação de todo ordenamento jurídico (...)” (Pérez Luño, A. E. Derechos humanos, estado de derecho y constitución. Madrid: Tecnos, 1990)

É notório que os direitos individuais do réu à liberdade e presunção de inocência devem ser preservados no ordenamento jurídico, mas a releitura de acordo com os direitos à segurança pública e pacificação social é necessária, por se tratarem de direitos social e individual constitucionais.

O Ministério Público é um dos órgãos responsáveis pela eficácia máxima do direito fundamental à segurança e está atento à necessidade uma releitura dos dispositivos infralegais para a sua garantia.

A norma que é insuficiente para garantir os direitos fundamentais é também inconstitucional,

consoante doutrina alemã moderna preconizada.

5-A atuação do Ministério Público para garantir a segurança social tem sido de mão dupla. No processo de conhecimento a atuação judicial, em que tem a função de demonstrar aos Magistrados e Desembargadores uma nova visão processual penal à luz, *sistemática, de todos os direitos fundamentais e não somente em favor do réu, mas com a releitura com fulcro nos direitos fundamentais da segurança pública e da pacificação social. Ressaltando-se a importância do interesse público deve ser avençado em prol do interesse particular.*

Há o objetivo de demonstrar que o acautelamento provisório e definitivo daquele que compromete a garantia da ordem pública, *garante, de forma reflexa, todos os direitos fundamentais constitucionais individuais da coletividade, como a vida, patrimônio e saúde (física e psíquica)*, já que àqueles habituais na prática de delitos não vão ofender os bens jurídicos constitucionais tutelados.

6-No processo de execução o Ministério Público atua:

a) **extrajudicialmente**, como órgão articulador para a realização das políticas públicas do Estado, **com a realização de reuniões, audiências coletivas**, no sentido de que **sejam instalados “body scan”** para evitar entrada de celulares e objetos ilícitos nos estabelecimentos prisionais, **instalados bloqueadores de celulares**, para inibir criminalidade organizada e os crimes de escritório⁴, **aumento de pessoal**, com a finalidade de garantir que todos os sentenciados fiquem sob a custódia estatal, tornozeleira eletrônica, **construções de estruturas com a máxima segurança no local e orientação e curso de formação para agentes para inspeção minuciosa dos visitantes**. Também, a **superlotação nos estabelecimentos prisionais têm sido, também, enfrentada de forma veemente, porque prejudica sobremaneira a segurança pública**, já que há número insuficiente de pessoal, vários reclusos em locais impróprios, como salas de aula (sem segurança), dificuldade de controle pelos Diretores de Presídios, dos sentenciados, dificultando a manutenção da **segurança. Nesse passo, a atuação ministerial tem enfoque nas searas estaduais e federais.**

b) **judicialmente**, que ocorre, **após a instrução do inquérito civil público**, quando todas as medidas extrajudiciais foram tomadas sem êxito, com o ajuizamento de **ações civis públicas;**

c) **judicialmente** nos processos da Vara de Execução Criminal, como órgão de execução e fiscalizador, a fim de se assegurar a segurança pública e pacificação social.

d) **extrajudicial e judicial, de controle externo, visando tomar providências contra agentes penitenciários, funcionários que cometem infrações penais no sistema prisional**, o que garante a segurança pública.

e) **atuações ministeriais em relação aos crimes organizados ocorridos nos Presídios e entidades prisionais, pelos sentenciados e por organizações criminosas (compostas por vários integrantes) que operam no sistema prisional.**

Na Comarca de Igarapé, Minas Gerais, a autora deste trabalho e colegas que com ela atuam já obtiveram um compromisso perante a Secretaria de Segurança Pública de redução de presos nas entidades prisionais, instalação de “Body scan” em um dos presídios, solucionar alguns empasses no tocante à Parceria Público Privada, após várias reuniões. Também houve contato com Departamento Penitenciário Nacional para apoio na implementação de políticas públicas na Comarca. Isso demonstra a mudança da postura do membro do Ministério Público

que atua no sistema prisional.

7- A atuação do Ministério Público também deve se dar na seara da construção e discussão das normas relativas à sua área de atribuições. Nota-se o esforço de vários Promotores de Justiça na realização de obras e artigos científicos para difusão do conhecimento, contribuindo com a dialética jurídica. No mais, convém salientar que vários membros do Ministério Público, como esta Promotora de Justiça, apresentaram sugestões ao Anteprojeto do Código Penal e também ao Projeto da Lei de Execuções Penais.

8 Atuação do Ministério Público para garantir a saúde nos sistemas prisionais

A saúde é direito constitucional fundamental descrito no artigo 196 da Constituição Federal de 1988, resguardado em Tratados Internacionais dos quais o Brasil ratificou, bem como direito de todos os brasileiros.

O Ministério Público tem o dever de garantir o direito à saúde à população brasileira, principalmente, na implementação de políticas públicas para a sua execução.

9- No sistema prisional, o **membro do Ministério Público assume uma nova identidade**, de forma a **assegurar nos presídios** equipe médica para atendimento de reclusos, equipamentos, remédios, médicos, atendimento ambulatorial adequado aos detentos.

10- Nesse sentido, o **Promotor de Justiça** realiza trabalhos **extrajudiciais, com reuniões com as Secretarias de Saúde do Município e do Estado para que as políticas públicas sejam implementadas.**

11- Em Minas Gerais, na Comarca de Igarapé/MG, em que esta autora exerce suas atribuições, esta Promotora de Justiça solicitou ao Centro de Apoio Operacional de Saúde e Centro Operacional de Direitos Humanos apoio para realização de **reunião de mediação sanitária**. Na ocasião, todos os membros do Ministério Público de Minas foram convidados, o Secretário de Saúde, Secretário de Segurança Social, Secretários de Saúde dos Municípios.

Houve **grandes conquistas: mutirão de saúde em vários estabelecimentos prisionais, inclusive nos presídios e penitenciárias de Igarapé; aumento do piso mínimo salarial para os médicos de Minas Gerais, implementação de políticas públicas em relação a infraestrutura de saúde nas entidades prisionais.**

12- Também houve reunião com os Diretores dos Presídios e Penitenciárias da Comarca de Igarapé para saber das dificuldades enfrentadas e para que manifestassem sobre as sugestões enviadas à Administração Superior do Estado.

13- O membro do Ministério Público assume postura proativa, reunindo todos os colegas que estão enfrentando a mesma dificuldade nas Comarcas, para que uma solução extrajudicial seja realizada em âmbito estadual, como um articulador, na realização de políticas públicas.

14- A atuação judicial é sempre realizada por Ações Cíveis Públicas, em inquéritos civis próprios, quando os resultados extrajudiciais são frustradas.

15- Atuação do Ministério Público na política Antidrogas no sistema prisional

O membro do Ministério Público deve fomentar tratamento para aqueles que possuem dependência química em estágio avançado e providenciar o fornecimento de medicação adequada para aqueles que estão reclusos em entidades prisionais. Em relação aos regimes abertos e semiaberto, deve-se priorizar o atendimento daqueles que possuem vícios em drogas para o respectivo tratamento de saúde.

16 – Há atuação extrajudicial e, se necessária, judicial, para atendimento das demandas para a consecução dos objetivos da política Antidrogas nos Estados.

17- Atuação do Ministério Público em relação ao direito sanitário do sistema prisional

Na seara do direito sanitário, o membro do Ministério Público também assume uma postura nova. Com a inspeção nas cozinhas dos presídios, realização e perícia pelo órgão ministerial quando há reclamações. 18-Também, com a fiscalização mensal nos locais para verificar a limpeza, higiene pessoal dos sentenciados, uniformes, colchões, cobertores adequados aos sentenciados.

A atuação extrajudicial também é constante, com reuniões, ofícios, realizações de perícias, inspeções mensais, com resultados exitosos.

19-A atuação judicial é, muitas vezes, necessária, porque não há uma resolução extrajudicial satisfatória, apesar das sindicâncias e reuniões, mediante ações civis públicas.

20- Atuação do Ministério Público na área ambiental do sistema prisional

O meio ambiente é direito fundamental constitucional e direito de todos. Trata-se de direito fundamental constitucional e, também, norma de tratados internacionais em que o Brasil faz parte. O Ministério Público possui atribuições institucionais e tem o dever de garantir o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

21- No sistema prisional, o membro do Ministério Público tem atuação, extrajudicial e/ou judicial, em várias demandas em que envolvem poluição hídrica. Em Igarapé, Comarca em que esta autora exerce suas atribuições, há ação civil pública decorrente de rejeito de esgotos no Rio Paraopeba. Há também atuação nos casos de poluição atmosférica, decorrentes de oficinas instaladas, sem observância das normas ambientais. Também, em relação a construções de estradas e presídios que não se observa área de preservação permanente (perto de rios) e há desmate não autorizado.

22- Assim, há também a intervenção do membro do Ministério Público na seara ambiental dos sistemas prisionais, o que demonstra uma nova identidade ministerial.

23- Atuação do Ministério Público em relação aos portadores de deficiência física e mental no sistema prisional

O portador de deficiência física e mental tem o direito de ser assistido pelo Estado e de ser incluído na sociedade. O Estado tem o dever de promover medidas para que os portadores de deficiência física e mental se adaptem, ainda que estejam reclusos. O Ministério Público deverá primar para a garantia dos direitos fundamentais dos deficientes físicos e mentais.

24- O membro do Ministério Público atua extrajudicial e judicialmente para garantir a estrutura do Estado, quando há deficientes reclusos. Nesse sentido, devem ser implementadas rampas, elevadores, cadeira de rodas, sempre que necessário para atender as deficiências, inclusive, possibilidade de estudo em braile.

25- Em relação aqueles incapazes, o Promotor de Justiça também tem função primordial como articulador (extrajudicial) e muitas vezes demandante (judicial) para construção de mais entidades para tratamento dos incapazes, inclusive, existindo a obrigação legal de fiscalização dessas entidades, com a realização de providências necessárias ao adequado funcionamento.

26-Atuação do Ministério Público em relação à educação no sistema prisional

O direito à educação é constitucionalmente protegido e é direito constitucional assegurado a todos os brasileiros.

O membro do Ministério Público deve garantir o direito a educação, também, no sistema prisional, de forma a garantir a ressocialização dos sentenciados.

É sabido que o sentenciado que estuda tem direito à remição de penas e há regra normativa que a leitura de livros, com o resumo e resenha respectiva, poderá também ser considerada (

Distrito Federal).

27- No sistema prisional, o Promotor de Justiça deve atuar, extrajudicialmente e judicialmente, para assegurar salas de aula e biblioteca para os sentenciados, com a estrutura mínima de pessoal, a fim de se garantir os direitos descritos na Lei de Execuções Penais.

28- Na Comarca de Igarapé, em que a autora exerce suas atribuições, já foram realizadas reuniões, para que diminuísse o número de detentos, já que as aulas de aula estão ocupadas como celas. Em caso de os ofícios não surtirem efeitos, a respectiva ação civil pública deverá ser ajuizada.

29- Atuação do Ministério Público em relação ao controle externo da atividade policial no sistema prisional

O membro do Ministério Público possui função de controle externo da atividade policial. Essa função abrange a seara: a) penal; b) civil- ação de improbidade administrativa; c) extrajudicial.

Na **seara penal** é em relação às providências decorrentes dos **crimes praticados por agentes, policiais civis e militares no sistema prisional, inclusive torturas e agressões**. Na **seara cível**, há as providências oriundas de **atos de improbidade cometidos por policiais e agentes**, extrajudiciais e judiciais. **Na seara extrajudicial, há reuniões em que Diretores dos Presídios, Policiais Civis e Militares podem acordar quais os procedimentos a serem adotados quando há apreensão de drogas e de celulares nos Presídios, como ocorreu em reunião na Comarca da autora deste trabalho. Também, reuniões sobre adequações administrativas em que há conflitos de entidades, tendo o Promotor de Justiça somente a função de articulador.**

30- Atuação do Ministério Público no sistema prisional na Lei de Execuções Penais.

O Ministério Público é órgão com atribuições na Vara de Execuções Criminais, devendo fiscalizar a execução da pena e da medida de segurança, oficiando no processo executivo e nos incidentes de execução, nos termos do artigo 67 da Lei n.º 7210/94. As atribuições do Ministério Público também estão previstas na Lei Complementar n. 34/94.

31- Exercer intervenção extrajudicial e judicial para a construção de novas entidades de regime aberto e semiaberto, para que a ressocialização da pena seja implementada e readaptação do sentenciado à sociedade, inclusive programas sociais de reinserção.

Conclusões

Ante o exposto, há uma nova identidade o membro do Ministério Público no sistema prisional, porque anteriormente a postura era de um profissional que somente se manifestava em processos judiciais e, atualmente, há postura proativa, de articulação com outras instituições, fiscalizatória, com ênfase extrajudicial, para implementação das políticas públicas, envolvendo as áreas:

- a) Segurança- implementação de body scan, bloqueadores de celulares, estrutura aos Diretores dos Presídios e diminuir a superlotação
- b) Saúde- equipe médica básica (médico, enfermeiros e técnicos em enfermagem), equipamento (ambulâncias e materiais médicos), estrutura que comporte consultórios
- c) Educação- salas de aulas para presos- pessoas que acompanhem os resultados
- d) Meio Ambiente- poluições atmosféricas, hídricas – adequações das normas ambientais
- e) Deficiência física e mental- adaptabilidade dos sentenciados deficientes

f) Política antidrogas- tratamento de drogas

g) Controle Externo da Atividade Policial-

h) Crime organizado

i) Penal

j) Execução Penal

k) Contribuições científicas e sugestões em relação aos Projetos de Lei

33-Em virtude da nova identidade do membro do Ministério Público no sistema prisional, necessária se faz a especialização dos membros do Ministério Público e fornecimento de estrutura administrativa própria para realização satisfatória das ações.

34-O Promotor de Justiça que atua na área extrajudicial e judicial do sistema prisional sofre muitas dificuldades para conseguir resultados satisfatórios em sua atuação no sistema prisional, principalmente quando acumula atribuições com outras curadorias. Acrescente-se que a atuação extrajudicial do membro do Ministério Público nesta área é intensa, inclusive, envolvendo a necessidade de agendamento de várias reuniões com dirigentes do executivo.

35-No mais, a atuação no crime organizado e no controle externo de agentes penitenciários, daquele Promotor de Justiça que faz visitas às entidades prisionais, mostra-se inviável à sua própria segurança.

36- Ante todo o exposto, necessária se faz a criação de especializações dos membros do Ministérios Públicos que atuam no sistema prisional, bem como a criação de grupos de apoio para atuar no crime organizado e controle externo das atividades de agentes penitenciários, de forma a garantir uma atuação eficaz, eficiente, sem sacrificar sobremaneira a segurança e a razoabilidade na distribuição de atribuições ao Promotor de Justiça.

37- No mais, é necessário que a Administração Superior assuma uma postura de reflexão sobre a atuação do membro do Ministério Público no sistema prisional, auferindo a infraestrutura básica para a realização de suas atribuições funcionais.

38- A sugestão de reflexão sobre a nova identidade do Promotor de Justiça no sistema prisional deve ser encaminhada aos Procuradores-Gerais de todos os Estados para reflexão sobre o tema e readaptação estrutural necessária, de acordo com a estrutura administrativa dos respectivos Ministérios Públicos Estaduais.

Bibliografia

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e teoria da Constituição. 7 ed. Coimbra: Almedina, 1941.

CAMARA, Alexandre de Freitas. Lições de Direito Processual Civil. São Paulo: 23 ed. Editora Atlas S.A, 2012.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo. Del Rey: Belo Horizonte, 2009.

CUNHA, Rogério Sanches; GOMES, Luiz Flávio. Legislação Criminal Especial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZENETI JÚNIOR, Hermes. Curso de Direito Processual Civil. v. I, II, III, IV e V. 4ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.

MARCÃO, Renato. Lei de Execução Penal Anotada. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Processo de Conhecimento. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.
- MOSSIN, Heráclito Antônio; MOSSIN, Júlio César. Execução Penal: Aspectos Processuais. São Paulo: J.H Mizuno, 2011.
- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Constituição Federal Comentada e legislação constitucional, 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 5 ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Saraiva, 2007
- SABATOVSKI, Emílio. Constituição do Estado de Minas Gerais. . 7 ed. Curitiba, : Juruá, 2009.
- SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil, p. 260;
- Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.
- SCHMITT, Ricardo Augusto. Sentença Penal Condenatória: Teoria e Prática. 7ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012. p.99
- TATAGIBA, Glauber. Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais: Lei Complmentar n. 34/1994. Belo Horizonte, 2013.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. v. I, II e III. Rio de Janeiro: 47 ed. Editora Forense, 2007.
- PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Saraiva, 2007

¹ Häberle, Estado Constitucional, §2º, p. 83

² SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil, p. 260;

³ Didier Jr. Fredie (Organizador). Ações Constitucionais. Salvador: JusPodivm, 2006. P. 340.

⁴ Rogério Greco- Concurso de Pessoas. Consistem naqueles delitos em que o mandante está recluso ou estabelecimento distinto do local dos delitos, somente comandando os executores e organizado a dinâmica da prática delitiva.

* Promotora de Justiça de Minas Gerais

Causalidade e Imputação Objetiva na Reforma do Código Penal

Marcondes Pereira de Oliveira¹

Resumo

Esta prospecção científica intenta proceder a uma crítica ao texto de reforma do Código Penal, PL 236/2012, pontualmente, em relação às categorias do esquema analítico do crime e suas respectivas teorias, exclusivamente sobre causalidade e imputação objetiva. Parte-se da premissa de que o atual Código Penal contempla as categorias conceituais, causalidade e imputação objetiva, adotando, relativamente à primeira, a teoria *conditio sine qua non* e, em relação à segunda, a teoria das *concausas*. O texto de reforma indica querer adotar uma moderna teoria da imputação objetiva do resultado, de base roxiniana, entretanto, sem abandonar a dispensável teoria das *concausas*. E mais. O faz de forma atécnica. Propõe-se uma crítica sistemática a todo o texto da reforma, no sentido de exaltar os avanços, identificar os equívocos e contribuir para a elaboração do melhor texto de lei possível.

Palavras-chaves

Causalidade. Imputação Objetiva. Tipicidade. Código Penal.

Abstract

This scientific prospecting intends to undertake a review of the text criminal code reform, PL 236/2012, on time, in relation to the categories of the analytical framework of crime and their theories solely on objective causality and attribution. It starts with the premise that the current Criminal Code includes the conceptual categories, causality and imputation objective, adopting, for the first theory *conditio sine qua non*, and for the second, the theory of *concausas*. The text indicates reform want to adopt a modern theory of objective imputation of income, basic roxiniana, however, without abandoning the theory of *concausas* expendable. And more. The causes of non-technical way. We propose a systematic critique the entire text of the reform, in order to exalt the progress, identify misconceptions and contribute to the development of the best possible law text.

Keywords: Causality. Imputation objective. typicality. criminal code.

1. Introdução

O presente trabalho certamente desempenhará um papel de indutor de uma discussão que se entende necessária, sobre o texto de reforma do atual Código Penal, entre os membros do Ministério Público, principalmente daqueles participantes do XX Congresso Nacional que, reunir-se-ão sob a exortação da construção de uma identidade de classe, em vinte e cinco

anos da nova formatação de atuação e das atribuições.

Ante a tramitação do Projeto de Lei do Senado 236/2012, com a possibilidade de que o mesmo venha se transformar no texto de norma de novel código penal, portanto, ferramenta diária de trabalho, há que se debruçarmos sobre as questões que envolvem a discussão de todo o texto da reforma.

Há que se desenvolver esforços para a participação ativa da classe ministerial, no sentido de uma crítica sistemática a todo o texto da reforma, notadamente na parte geral, de maneira técnica e com instrumentação científica, de forma que cada membro interessado possa aportar a sua contribuição que, no conjunto das participações, venha a atingir o objetivo de contribuir significativamente para um texto que necessitamos moderno, e satisfatório a todos os aplicadores do direito penal.

O texto da parte geral do atual Código Penal é de 1984, quatro anos depois, a Constituição Federal imprimiu uma nova feição ao Ministério Público, com designação de atribuições que lhe confere características de ente de vigilância aos direitos e liberdades individuais e de agente indutor das transformações sociais, assim, não se apresenta plausível que uma classe que se pretende haver construído, em cerca de 25 anos, uma nova identidade, se quede alheia às discussões que formatarão um novo texto de norma penal, na forma codificada.

Aqui se inicia esta necessária discussão no âmbito da classe ministerial, sobre o texto de reforma do Código Penal, topicamente em relação à causalidade penal e a imputação objetiva, na qualidade de categorias conceituais, bem como suas respectivas teorias.

Causalidade e Imputação Objetiva como categorias dogmáticas

Quando os finalistas fizeram a transposição, de parte do elemento subjetivo do delito (dolo), da categoria conceitual culpabilidade para uma outra categoria básica da dogmática penal, a tipicidade, tendo como consequência a criação dos conceitos de tipicidade objetiva e de tipicidade subjetiva (WEZEL, 1999), assim, a consequência última foi a criação das categorias dogmáticas, imputação objetiva e imputação subjetiva. Portanto, a causalidade penal e a imputação objetiva são, antes de tudo, categorias² conceituais da dogmática penal, pertencentes a uma outra categoria básica: tipicidade penal, ou seja, a tipicidade penal compreende, além da causalidade penal, a imputação objetiva³ e a imputação subjetiva (PEREIRA DE OLIVEIRA, 2011).

Não por outro motivo, já em 1930, Richard Honig escrevia, em homenagem a Frank, a sua “causalidade e imputação objetiva”, onde ele já coloca as coisas nos seus devidos lugares, pois a causalidade aparece na esfera ontológica, do ser, e a imputação objetiva aparece na esfera normativa, do dever ser (ROXIN, 2004). Portanto, desde então, ficou acertado que a causalidade diz respeito ao nexos ontológico entre conduta e resultado, enquanto que a imputação objetiva diz respeito ao nexos normativo, ou axiológico, entre conduta e resultado (MARTINELLI, 2006).

Portanto, no esquema dogmático penal há que se compreender que existem as categorias conceituais básicas ação, tipicidade, antijuricidade e culpabilidade, e que a categoria básica tipicidade⁴, compreende as categorias conceituais causalidade, imputação objetiva e imputação subjetiva.

Teorias sobre as categorias dogmáticas

Podemos afirmar que, na sistemática clássica, a imputação do resultado era feita

exclusivamente com base na teoria da condição (equivalência das condições), teoria sobre nexos de causalidade (dogma causal), pelo que reclamou reparos, tendo surgido teorias complementares, tais como a da causalidade adequada e a da relevância jurídica, além de outras subsequentes. E foi justamente tendo como ponto de partida a polêmica entre as teorias da condição e da adequação, que Honig elaborou (ROXIN, 2004) o seu critério de imputação objetiva da “possibilidade objetiva de pretender” ou da “dirigibilidade objetiva a um fim”⁵ (GRECO, 2002).

Entendo que, hoje podemos compreender as teorias sobre causalidade, tais como causalidade adequada, relevância jurídica, etc., como teorias rudimentares⁶ sobre a categoria conceitual imputação objetiva, restando somente a teoria da condição (condições antecedentes equivalentes) como uma teoria sobre a categoria conceitual causalidade.

Evidente que na atualidade o estudo da dogmática penal prescinde destas teorias em face das modernas teorias (PRADO, 2006) sobre a imputação objetiva. Entre as principais modernas formulações encontramos a conexão de risco em Claus Roxin, o modelo de violação do papel social em Günther Jakobs, a teoria do comportamento típico em Wolfgang Frisch e a aplicação de leis probabilísticas e o conceito jurídico de resultado, em combinação com a definição de causa como “componente necessário de uma condição suficiente do resultado” em Ingeborg Puppe (GRECO, 2002).

2. Fundamentação

Categorias dogmáticas (Causalidade e Imputação Objetiva) no atual Código Penal

A atual redação do Código Penal, na cabeça do seu artigo 13, primeira parte – “O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa.” – coloca a causalidade penal como pressuposto básico da imputação objetiva, haja vista que condiciona o nexos de imputação à verificação de um nexos de causalidade entre uma conduta e um resultado elementar do tipo penal. Aqui o texto de norma faz referência a duas categorias da dogmática penal: resultado e causalidade, ou nexos de causalidade.

Poder-se-ia, inclusive, argumentar que, com o termo “imputável”, também se referira à categoria conceitual imputação objetiva, no entanto, também é razoável o argumento de que o legislador está a se referir à imputação de forma genérica, imputação penal.

Entretanto, nos parágrafos primeiro e segundo do artigo 13⁷, o legislador se reporta à categoria conceitual imputação objetiva, porque, neste ponto, o legislador se preocupa com a limitação do nexos de causalidade, especialmente em cursos causais em que há a intersecção de fatores supervenientes e preponderantes para o resultado, na ação, e com a relevância jurídica, na omissão.

Portanto, o atual código penal contempla as categorias conceituais da moderna dogmática penal, no sentido de que a tipicidade compreende um tipo subjetivo e um tipo objetivo⁸, e que este compreende, além da conduta e do resultado, um nexos natural de causalidade e um nexos normativo de imputação objetiva, entre aqueles.

As teorias sobre as categorias dogmáticas (Causalidade e Imputação Objetiva) no atual Código Penal

Ainda na cabeça do artigo 13, segunda parte - “*Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.*” - adota um conceito de causa coincidente com a teoria da condição, *conditio sine qua non* ou equivalência das condições⁹. Por isso é majoritário o entendimento de que o nosso atual código adotou a teoria da equivalência das condições como teoria destinada a verificação do nexos de causalidade (MARTINELLI, 2006).

No parágrafo primeiro deste mesmo artigo 13, o legislador adota a teoria das concausas para fins de imputação objetiva do resultado à conduta do agente (MARTINELLI, 2006).

Assim, como já havia escrito outrora (PEREIRA DE OLIVEIRA, 2011):

“A doutrina pátria entende que o *caput* do artigo 13 do Código Penal Brasileiro adotou a teoria da condição (teoria das condições equivalentes), enquanto o parágrafo primeiro retrata a teoria das concausas, pela qual se procura imprimir relevância normativa à causalidade para fins do juízo de imputação objetiva a partir do critério temporal (anterior, concomitante e superveniente) e de condicionalidade relacional (dependente, independente de forma relativa e de forma absoluta). É correto entender que o *caput* do referido artigo impôs uma exigência de que o nexos causal seja uma condição necessária, mas não suficiente para a imputação objetiva, ofertando o parágrafo primeiro para a realização desta tarefa de se proceder a adequação típica penal.”

No entanto, essa atual configuração do Código Penal não impede, e até facilita, a adoção das modernas teorias de imputação objetiva na atividade prática de aplicação do direito penal. O importante é ter o texto de norma diferenciado a causação do resultado, da atribuição objetiva do resultado.

As propostas no texto da reforma do atual Código Penal

No texto da reforma, a causalidade é tratada no artigo 15 cuja redação vem idêntica à redação da segunda parte do *caput* do atual artigo 13, novamente remetendo à *conditio sine qua non* – “*Considera-se causa a conduta sem a qual o resultado não teria ocorrido*”. Sem novidades, a não ser pela troca dos termos “ação e omissão” pelo vocábulo substitutivo “conduta”. Aqui não se reclama reparo. A adoção da teoria da equivalência das condições para fins de definir a causação do resultado, não prejudica, e até facilita, a adoção das modernas teorias da imputação objetiva para fins de se definir a atribuição do resultado ao agente¹⁰.

Já no artigo 16 do texto da reforma, se repete *ipsis litteris* a redação do parágrafo primeiro do atual artigo 13 (*A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou*). Ocorre que, como já afirmado acima, está é uma regra (teoria das concausas) de imputação objetiva pouco produtiva, em comparação às modernas teorias de imputação objetiva. Ademais, quando se consta no parágrafo único¹¹ do artigo 14 do texto de reforma, redação que demonstra a intenção de acatar os postulados de modernas teorias da imputação objetiva do resultado.

Críticas às propostas no texto da reforma do atual Código Penal

É louvável que nesta reforma do Código Penal se acate no texto de lei, de forma expressa, modernas posições tais como: a teoria do bem jurídico-penal, a moderna teoria de imputação objetiva, etc., entretanto, há que se proceder com um mínimo de precisão científica.

GRECO (2012, p.43) elenca neste ponto do projeto três defeitos: Querer parecer moderno,

não entender o conteúdo das novas ideias que pretende absorver e ter optado por uma solução de superposição entre o texto antigo e o texto novo. CIRINO DOS SANTOS (2013, p.30) reputa que, neste ponto, a reforma faz uso de linguagem imprecisa.

É certo que as modernas teorias da imputação objetiva do resultado ao agente, flutuam em torno da proposição de Roxin de 1970, com variações de abordagem e com divergências na concretização de determinadas abordagens.

Também é de acordo geral que, esta proposição inicial se consubstancia em duas ideias básicas ou linhas de abordagem: *A criação de um risco juridicamente desaprovado e a realização deste risco no resultado* (GRECO, 2005). Sendo que, estas duas ideias são desenvolvidas e concretizadas através de diversos grupos de casos, tais como: diminuição do risco, risco juridicamente irrelevante, risco permitido, comportamento alternativo conforme ao Direito, fim de proteção da norma, etc.

ROXIN (2002, p.209) elenca um tópico, ao lados dos tópicos “criação do risco” e “realização do risco”, a fim de abordar a ausência de nexos entre o fim de proteção da norma inscrita no tipo penal doloso e o resultado proveniente da realização do risco criado pelo agente, a que denomina de “alcance do tipo”, ponto no qual não existe uma concordância geral. Por exemplo, GRECO (2005, p.62), dentro da ideia de criação do risco juridicamente desaprovado, aborda o tópico “fim da proteção da norma”, tanto para os tipos dolosos, quanto para os tipos imprudentes/negligentes, assim, esvaziando a ideia de “alcance do tipo” doloso.

Portanto, se o texto de reforma quer demonstrar que adota a moderna teoria da imputação objetiva, há que se referir somente a dois princípios básicos¹², criação e realização do risco.

Oportuno lembrar que, as modernas teorias da imputação objetiva fazem uso do método de estudo pensamento problemático ou tópica, onde através de grupo de casos, ou “topoi”, se procede a concretização dos conceitos indeterminados “criação de risco juridicamente desaprovado” e “realização do risco no resultado”, havendo uma discussão entre os doutrinadores a respeito de que “alcance do tipo” não venha ser um conceito indeterminado, em virtude de que os grupos de casos colocado sob a epígrafe, poder servir de concretizações dos outros dois princípios (GRECO, 2005). Assim, a problemática será resolvida na criação do risco ou na realização deste no resultado, ou seja, o risco que se realiza no resultado, para se configurar típico, há que ser criado dentro do âmbito do tipo penal, caso contrário, o risco não será considerado juridicamente desaprovado.

O termo “decorrer”, utilizado no texto da reforma, parece hábil a se reportar à criação e à realização do risco. Já o termo “incremento de risco”, se refere diretamente ao princípio do risco ou teoria do aumento do risco, criada¹³ por Roxin, com a finalidade de resolver uma gama de casos em que a causalidade não se encontra totalmente esclarecida, mas que há incontestemente incremento do risco pelo agente. Ocorre que, ao contrário do que ocorreu com a ideia básica de Roxin, este princípio não foi acatado pela jurisprudência alemã (ROXIN, 2002).

Outra crítica a ser apresentada e a de que o texto faz uso do termo “risco tipicamente relevante” ao invés de “risco juridicamente relevante”, haja vista que este será valorado para fins de imputação objetiva, enquanto que aquele é exatamente o resultado positivo desta valoração. Ou seja, um “risco tipicamente relevante” é aquele que, tendo sido criado pelo agente, se realizou no resultado, motivo pelo qual fora enquadrado no tipo penal correspondente.

3. Conclusão

A formatação do atual Código Penal permite afirmar que o mesmo acata a estratificação do tipo penal que compreende, além do vínculo lógico de causalidade entre a conduta e o resultado, um vínculo normativo de imputação objetiva e subjetiva, ambos necessários ao preenchimento do conteúdo material da tipicidade penal.

Pode-se afirmar também que a previsão das teorias *conditio sine qua non*, para o nexos causal, e das concausas, para o nexos normativo de imputação objetiva, em nada prejudica, e até beneficia, o manuseio das modernas teorias da imputação objetiva do resultado, de feição roxiniana.

A indicação no texto da reforma de que o novo código penal irá se referir expressamente às modernas teorias da imputação objetiva é louvável, na medida em que indica aos desavisados que existem parâmetros modernos para se aferir a tipicidade penal, entretanto, há que se proceder com primorosa técnica e com uso de parâmetros científicos, a fim de não dificultar a sua absorção e prejudicar a sua utilização.

Em face da redação dos artigos 14, 15 e 16 do Projeto de Lei do Senado 236/2012, há que se proceder críticas e proposições interventivas durante no processo de elaboração da norma, a fim de que ao final do processo tenhamos um produto não só moderno como se propõe, mas satisfatório aos aplicadores do direito.

Entende-se com acerto a manutenção da referência à teoria causal *conditio sine qua non* (artigo 15), porém, desnecessária a manutenção da regra de imputação objetiva do artigo 16 (teoria das concausas).

Em relação ao parágrafo único do artigo 14, entende-se bastar a expressão “decorrer de criação ou aumento de risco” e, no máximo, a adição do termo “juridicamente relevante”, sendo prejudicial à aplicação e ao estudo da teoria, a presença no texto de lei do termo errôneo “incremento de risco tipicamente relevante”, bem como desnecessária a adoção da linha de concretização “alcance do tipo”.

Como já dito antes, se propõe a expansão de estudos críticos e propositivos a todo o texto da reforma, principalmente nos dispositivos da parte geral, onde existem questões mas técnicas e, por isso, fora da influência, senão da discussão, afeta ao público em geral.

4. Referências Bibliográficas

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. “A reforma penal: crítica à disciplina legal do crime”. *in AAVV. Tribuna Virtual*. Ano 1, edição 1. São Paulo: IBCCRIM, 2013.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal, parte geral, questões fundamentais, a doutrina geral do crime, tomo I*. 1ª edição brasileira, 2ª edição portuguesa. São Paulo: Coimbra Editora/Editora Revista dos Tribunais – 2007.

GRECO, Luís. “Imputação objetiva: uma introdução”. *in ROXIN*, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. Tradução e introdução de Luis Greco. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

_____. “Princípios fundamentais e tipo no novo projeto de Código Penal (Projeto de Lei 236/2012 do Senado Federal)”. *in AAVV. Revista Liberdades – edição especial – reforma*

do Código Penal. São Paulo: IBCCRIM, 2012.

JESCHECK, Hans-Heinrich; **WEIGEND**, Thomas. *Tratado de derecho penal, parte general*. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete, 5ª edición, corregida y ampliada. Granada: Comares Editorial, 2002.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. “A Teoria da Imputação Objetiva e o Código Penal Brasileiro: Ainda faz sentido a Teoria das Concausas?”. in **AAVV**. *Direito Penal – Aspectos jurídicos controvertidos*. Coordenação Alexis Augusto Couto de Brito e Maria Patrícia Vanzolini. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

PRADO, Luiz Regis e **CARVALHO**, Érika Mendes de. *Teorias da imputação objetiva do resultado: uma aproximação crítica a seus fundamentos*. 2ª Ed. Revista atualizada e ampliada. prefácio José Cerezo Mir. Série Ciência do direito penal contemporânea – 1. São Paulo: RT, 2006.

PEREIRA DE OLIVEIRA, Marcondes. “Causalidade e Imputação Objetiva: distinção entre categorias conceituais da dogmática penal e as suas respectivas teorias” in **AAVV**. *REVISTA ACMP*. Fortaleza: Associação Cearense do Ministério Público, 2011.

ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal* (1997). Tradução e introdução de Luis Greco. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Problemas fundamentais de direito penal*. Tradutores Ana Paula Natscheradetz [et. al.]. 3ª Edição. Lisboa: Vega, 2004.

WELZEL, Hans. “Lo injusto de los delitos dolosos” (1970) in **AAVV**. *Textos de apoio de direito penal*. Tradução Teresa Pizarro Beleza. Tomo II. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade Direito Lisboa, 1999.

¹ Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Piauí. Mestre em Ciências Jurídico-Penais pela Universidade Autónoma de Lisboa.

² Coloco as coisas desta forma com o intuito de distinguir as categorias conceituais da dogmática penal de suas respectivas teorias, bem como demonstrar que a categoria conceitual imputação objetiva surgiu no âmbito da sistemática finalista. Se reportando às teorias sobre as respectivas categorias conceituais GRECO (2002, p.20) afirma detectar um contemporaneidade e uma irmandade: “Por mais inacreditável que pareça, é bem possível afirmar que a teoria finalista da ação e a imputação objetiva tal como a conhecemos hoje são irmãs, ambas filhas da teoria da imputação de LARENZ.”

³ Definição de imputação objetiva em GRECO (2002, p.7): “Este conjunto de requisitos que fazem de uma determinada causação uma causação típica, violadora da norma, se chama imputação objetiva.”

⁴ Cfr. **MARTINELLI** (2006, p.211) “Daí podemos inferir que o tipo penal não está completo se apenas considerarmos o nexo de causalidade como elo entre ação e resultado. Há a necessidade, também, de um elo normativo, que possa servir de limitação ao poder punitivo do Estado.”

⁵ “Será imputável aquele resultado que se possa considerar dirigido a um fim”.

⁶ Greco (2002. p.23) aborda estas teorias como percussores das modernas teorias da imputação objetiva.

⁷ § 1º A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou.

- Relevância da omissão

§ 2º A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

⁸ “El tipo objetivo no es objetivo en el sentido de ajeno a lo subjetivo, sino en el sentido de lo objetivado. Comprende aquello del tipo que tiene que encontrarse objetivado en el mundo exterior.” (WELZEL, 1999)

⁹ “un resultado es causado por una acción cuando ésta no puede ser mentalmente suprimida sin que aquél desaparezca.” (JESCHECK/WEIGEND, 2002)

¹⁰ FIGUEIREDO DIAS (2007, p.324) entende que o nexo de causalidade, mesmo adotando-se a *c.s.q.n*, resolve a imputação objetiva em casos simples, primeiro degrau, embora que casos mais complexos seja necessário a aplicação de teorias jurídicas da causalidade, segundo degrau, e por fim, outra gama de casos reclama teorias modernas baseadas na conexão de riscos, terceiro e último degrau do processo de imputação: “Sendo isto certo, todavia, tal só significa que a causalidade aferida segundo o critério da equivalência não pode arvorar-se, só por si, em critério de imputação objetiva; mas não quer

dizer que, para além dessa causalidade, seja ainda legítimo – que o não será porventura, e pelo menos em via de princípio – imputar normativamente ao agente o resultado de uma sua acção.”

11 “Parágrafo único. O resultado exigido somente é imputável a quem lhe der causa e se decorrer da criação ou incremento de risco tipicamente relevante, dentro do alcance do tipo.”

12 ROXIN (2002, p.308) se refere inicialmente a dois princípios: *“O resultado causado pelo autor só deve ser imputado ao tipo objetivo se o comportamento do autor criar um perigo para o objeto da acção, não compreendido no risco permitido, e este perigo se realizar no resultado.”*, e, na sequência, sintetiza adicionando uma ideia a mais: *“Pode-se dizer, à guisa de síntese, que a imputação ao tipo objetivo pressupõe a realização de um perigo criado pelo autor, não coberto pelo risco permitido, dentro do alcance do tipo.”*, entretanto, há que se compreender que a ideia de “alcance do tipo” se encontra abarcada pelas ideias da “criação do risco” e a de ser o “risco juridicamente proibido”.

13 Este princípio foi desenvolvido a partir da ideia de imputação objetiva em Honig e apresentado mesmo antes (1962) da formulação da teoria geral (1970) da imputação objetiva por Roxin (2004, p.154): *“O princípio de incremento do risco apenas proporciona um critério de conteúdo do qual depende a possibilidade objectiva de pretensão nestes casos.”*

*A Lei Maria da Penha e a Teoria da Transcendência dos
Motivos Determinantes: ou a ação penal é pública
incondicionada ou é privada. Superação da
representação nesse microssistema jurídico.*

*Necessidade de extensão dos efeitos das decisões do
STF, prolatadas na ADI 4424/DF e na ADC 19/DF, a
todos os crimes praticados contra a mulher no ambiente
doméstico, familiar, ou no contexto de uma relação íntima
de afeto.*

Pablo Antonio Cordeiro de Almeida

1. Introdução

Apesar de se tratar de tema polêmico, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 4.424/DF e da Ação Direta de Constitucionalidade n. 19/DF, atribuiu interpretação conforme a Constituição aos artigos 12, inciso I, e 16, ambos da Lei nº 11.340/2006, conhecida popularmente como Lei Maria da Penha, assentando a natureza incondicionada da ação penal pública em caso de crime de lesão corporal, pouco importando a extensão do ferimento, praticado contra a mulher no ambiente doméstico, familiar ou praticado no contexto de uma relação íntima de afeto.

O STF considerou inconstitucional, portanto, a interpretação que se dava a estes artigos, que possibilitava a retratação das vítimas nos casos de crimes lesões corporais leves.

O STF, quase que por unanimidade, somente com o voto contrário do então Presidente da Corte, o Min. Cezar Peluso, deliberou que no caso de lesão corporal leve a ação penal seria de iniciativa pública incondicionada, pelas razões a seguir delineadas.

Na presente tese, todavia, não pretendemos discutir o acerto ou desacerto desta decisão, muito menos os efeitos deste *decisum* na praxe Judiciária brasileira, marcada, notadamente, pela excessiva demora na tramitação de feitos, especialmente criminais, levando-se em consideração, principalmente, as regras do XX Congresso Nacional do Ministério Público, que limitam à 10 (dez) o número máximo de páginas para as monografias apresentadas ao Encontro Pátrio.

O tema central desta tese, ao contrário, é avançar na discussão, já que segundo Radbruch, “a interpretação jurídica não é pura e simplesmente um pensar de novo aquilo que já foi pensado, mas, pelo contrário, um saber pensar até o fim aquilo que já começou por um

outro”¹.

Além disso, o Supremo Tribunal Federal decidiu quase que por unanimidade e desde então não deu provas de que estaria inclinado a alterar tal entendimento, sendo que a decisão prolatada é vinculante e também tem efeito *erga omnes*, porque tomada em sede de ADI e de ADC.

Assim, a partir da análise da *ratio decidendi* (das razões de decidir) do Supremo Tribunal Federal, bem como levando-se em consideração a “teoria dos motivos determinantes”, em voga hodiernamente no Pretório Excelso, pretendemos avançar na discussão, debatendo um dos efeitos jurídicos *extra-autos* da decisão prolatada na Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 4.424/DF e na Ação Direta de Constitucionalidade n. 19/DF, qual seja: a superação da representação e da ação penal pública condicionada à representação nesse microssistema jurídico, que é a Lei Maria da Penha (segundo entendemos).

Apesar das discussões travadas na ADI n. 4424 e na ADC n. 19 terem sido suscitadas tendo como “pano de fundo” o crime de lesão corporal leve, da análise dos votos proferidos fácil é verificar que as razões de decidir não se limitaram a levar em consideração questões específicas ou peculiaridades deste delito. A análise feita pelo STF não foi puramente legalista, fulcrada em peculiaridades deste tipo penal.

Verifica-se, portanto, que os fundamentos da decisão são de índole constitucional, e não legalista, os quais, por essa razão, devem ser aplicados a todos os crimes cuja persecução se dava, até então, através de ação penal pública condicionada à representação, desde que praticados contra a mulher no ambiente doméstico, familiar ou praticados no contexto de relação íntima de afeto.

O STF não afirmou, por exemplo, que no crime de lesão corporal leve não se aplica a retratação da representação porque a própria Lei Maria da Penha disse que não se aplica aos casos de violência doméstica e familiar a Lei n. 9.099 e foi justamente esta norma que tornou a persecução do delito de lesão corporal leve condicionada à representação.

Não foi isto que asseverou o STF. A fundamentação do STF foi bem distinta, qual seja: as ações penais públicas nos crimes de lesões corporais praticados no âmbito doméstico, familiar ou no contexto de uma relação íntima de afeto seriam sempre incondicionadas em razão da inconstitucionalidade de raciocínio diverso, por violação a diversos postulados constitucionais caros à ordem jurídica nacional e internacional, conforme será visto a seguir. Assim, sujeitar à representação os demais casos de violências domésticas e familiares seria permitir violações aos mesmos postulados constitucionais reafirmados pelo STF na ADI n. 4424 e na ADC n. 19, eis que onde existe a mesma razão deve ser aplicado o mesmo direito.

Entendemos, pois, necessária a extensão dos efeitos das decisões do STF, prolatadas na ADI 4424/DF e na ADC 19/DF, a todos os crimes praticados contra a mulher no ambiente doméstico ou familiar, ou no contexto de uma relação íntima de afeto, sob pena de caracterização de contradição hermenêutica e de violações a princípios constitucionais diversos.

2. Justificação – Fundamentação:

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 4.424/DF e da Ação Direta de Constitucionalidade n. 19/DF, assim verberou:

Trecho extraído do informativo n. 654 – STF - Registrou-se a necessidade de intervenção estatal acerca do problema, baseada na dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), na igualdade (CF, art. 5º, I) e na vedação a qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (CF, art. 5º, XLI). Reputou-se que a legislação ordinária protetiva estaria em sintonia com a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher e com a Convenção de Belém do Pará. Sob o ângulo constitucional, ressaltou-se o dever do Estado de assegurar a assistência à família e de criar mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. Não seria razoável ou proporcional, assim, deixar a atuação estatal a critério da vítima. A proteção à mulher esvaziar-se-ia, portanto, no que admitido que, verificada a agressão com lesão corporal leve, pudesse ela, depois de acionada a autoridade policial, recuar e retratar-se em audiência especificamente designada com essa finalidade, fazendo-o antes de recebida a denúncia. Dessumiu-se que deixar a mulher — autora da representação — decidir sobre o início da persecução penal significaria desconsiderar a assimetria de poder decorrente de relações histórico-culturais, bem como outros fatores, tudo a contribuir para a diminuição de sua proteção e a prorrogar o quadro de violência, discriminação e ofensa à dignidade humana. Implicaria relevar os graves impactos emocionais impostos à vítima, impedindo-a de romper com o estado de submissão.

Dos votos dos Ministros do STF podemos extrair, ainda, as seguintes considerações:

“O relator do processo, Ministro Marco Aurélio, expôs que a Lei Maria da Penha ‘retirou da invisibilidade e do silêncio a vítima de hostilidades ocorridas na privacidade do lar e representou um movimento legislativo claro no sentido de assegurar às mulheres agredidas o acesso efetivo a reparação, a proteção e a justiça’. Ele entende que a ‘norma mitiga realidade de discriminação social e cultural’ que, enquanto existente no país, legitima a adoção de legislação compensatória a promover a igualdade material, sem restrição do direito de pessoas que pertençam ao gênero masculino, dando ênfase ao fato de que a Constituição protege, sobretudo, a família e a todos que a compõem. A Ministra Cármen Lúcia, por sua vez, destaca a mudança de mentalidade pela qual passa a sociedade, no que se refere aos direitos das mulheres e cita ditados anacrônicos tais como: ‘em briga de marido e mulher, não se mete a colher’ e ‘o que se passa na cama é segredo de quem ama’, ocasião em que afirma ser dever do Estado adentrar o recinto das ‘quatro paredes’ quando na relação conjugal houver violência. Para ela, discussões como as enfrentadas nessas ações são importantíssimas: ‘A interpretação que agora se oferece para conformar a norma à Constituição me parece basear-se exatamente na proteção maior à mulher e na possibilidade, portanto, de se dar cobro à efetividade da obrigação do Estado de coibir qualquer violência doméstica. E isso que hoje se fala, com certo eufemismo e com certo cuidado, de que nós somos mais vulneráveis, não é bem assim. Na verdade, as mulheres não são vulneráveis, mas sim maltratadas, são mulheres sofridas. [...] A Igualdade é, desde sempre, tratar com desigualdade aquele que se desigualam e, no nosso caso, não é que nós nos desigualamos, fomos desigualadas por condições sociais e estruturais de poder que nos massacram séculos a fio. Eu me ponho inteiramente de acordo pela procedência da ação’. A Ministra Rosa Weber, nesse contexto, foi a primeira a acompanhar o relator e

afirma que exigir da mulher agredida uma representação para a abertura da ação penal se relava como atentatório à dignidade da pessoa humana: “tal condicionamento implicaria privar a vítima de proteção satisfatória à sua saúde e segurança”, exclama a Ministra. O Ministro Luiz Fux, por outro lado, ao acompanhar o voto do relator, afirmando não ser razoável exigir-se da mulher que apresente representação contra o companheiro em um momento no qual se encontra em total fragilidade emocional, advinda da violência experimentada, oportunidade em que destaca: ‘sob o ângulo da tutela da dignidade da pessoa humana, que é um dos pilares da República Federativa do Brasil, exigir a necessidade da representação, no meu modo de ver, revela-se um obstáculo à efetivação desse direito fundamental, porquanto a proteção resta incompleta e deficiente, mercê de revelar subjacentemente uma violência simbólica e uma afronta a essa cláusula pétrea’.

(...)

O Ministro Ricardo Lewandowski, igualmente, acompanha o relator, advertindo para o fenômeno conhecido como ‘vício da vontade’. Nessa oportunidade, salienta a importância de se permitir a abertura da ação penal independentemente de a vítima apresentar qualquer tipo de representação, expondo: Penso que estamos diante de um fenômeno psicológico e jurídico, que os juristas denominam de vício da vontade e que é conhecido e estudado desde os antigos romanos. As mulheres, como está demonstrado estatisticamente, não representam criminalmente contra o companheiro ou marido, em razão da permanente coação moral e física que sofrem e que inibe a sua livre manifestação da vontade. O Ministro Joaquim Barbosa, por seu turno, afirma que a Constituição Federal trata de certos grupos sociais, ao reconhecer que eles estão em situação de vulnerabilidade. Para ele, 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, como está sendo feito no julgamento levado à baila, no caso em questão. O Ministro Ayres Britto destaca, por sua vez, que em um contexto patriarcal e machista, a mulher agredida tende a condescender com o agressor, expondo: que ‘a proposta do relator, no sentido de afastar a obrigatoriedade da representação da agredida como condição de propositura da ação penal pública, parece rimar com a Constituição’ (...)².

Ora, por que razão tais argumentos não poderiam ser aplicados ao crime de ameaça, e aos demais crimes condicionados à representação, mas apenas ao de lesão corporal leve?

É princípio de interpretação milenar do direito o brocardo que diz: “onde existe a mesma razão, deve ser aplicado o mesmo direito”.

Além disso, situações idênticas estariam sendo tratadas de maneira diferente, em clara lesão ao postulado da igualdade.

Cármem Lúcia Antunes Rocha, quanto à importância do princípio supracitado, assim verbera:

Igualdade constitucional é mais que uma expressão de Direito; é um modo justo de se viver em sociedade. Por isso é princípio posto como pilar de sustentação e estrela de direção interpretativa das normas jurídicas que compõem o sistema jurídico fundamental³.

Alguns doutrinadores chegam a afirmar que o princípio da igualdade tem caráter supra-positivo:

De qualquer forma, para que se tenha presente o seu relevo nos regimes democráticos, vale lembrar, com Forsthoff, que o Tribunal Constitucional da Alemanha, repetidas vezes, afirmou que o princípio da igualdade, como regra jurídica, tem caráter supra-positivo, anterior ao Estado, e que mesmo se não constasse do texto constitucional, ainda assim teria de ser respeitado⁴.

O postulado da igualdade tem aplicação também no exercício da jurisdição. Sobre o tema, vejamos os escólios de Márcia Regina Lusa Cadore:

(...) não encontra justificativa razoável o Estado, no exercício da função jurisdicional, proferir decisões distintas para situações semelhantes que lhe sejam submetidas. O critério da distinção não pode ser o sorteio para a distribuição dos feitos ou dos recursos no segundo grau de jurisdição. Não é critério razoável perante a Constituição. O problema das decisões distintas para casos semelhantes torna-se ainda mais grave quando da existência de demandas semelhantes em larga escala. Para a população, a ocorrência de julgamentos díspares em tais ações é mais chocante, chegando mesmo a comprometer a confiança dos jurisdicionados. Nos países do *common law*, a isonomia judiciária está assegurada pelo tratamento equânime conferido aos casos análogos e, assim, a premissa do tratamento igualitário está na base do próprio sistema.

[...].

Há que ser perseguida, pois, a uniformização. E, depois de discutida determinada tese jurídica, pacificada a orientação da jurisprudência em órgãos jurisdicionais colegiados, por meio de um dos instrumentos previstos a tanto no sistema, decisão divergente de tal orientação igualmente não se compadece com o princípio da isonomia⁵.

No julgamento supracitado fala-se, inclusive, em vício de vontade, em lesão à dignidade pela exigência de representação, em proteção não só da mulher como também da família, em se garantir à mulher acesso efetivo a reparação, a proteção e a justiça e em privação da vítima de proteção satisfatória à sua saúde e segurança.

A discussão não se limitou, portanto, à questão de o crime de lesão corporal leve somente ter se tornado de persecução condicionada à representação com o advento da Lei 9.099 e a Lei Maria da Penha prever expressamente que não se aplica aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher a Lei n. 9099.

A Professora Maria Berenice Dias, no particular, sintetizou bem a controvérsia até então existente na doutrina:

A polêmica sobre as lesões corporais: Quando da entrada em vigor da Lei Maria da Penha, o maior questionamento que surgiu foi: a lesão corporal praticada, no âmbito da unidade doméstica, voltou a ser de ação pública incondicionada ou persiste a exigência de representação? A origem da controvérsia está no fato de os delitos elencados no Código Penal serem quase todos de ação pública incondicionada. Somente quando a lei expressamente reclama a iniciativa do ofendido, há necessidade de representação. Como não é feita qualquer ressalva no Código Penal quanto ao delito de lesão corporal, nunca houve dúvida de que se tratava de crime de ação pública incondicionada.

Atendendo ao comando constitucional que determinou a sua criação, a Lei dos Juizados Especiais, ao introduzir mecanismos despenalizadores, elegeu como de pequeno potencial ofensivo, entre outros, os crimes de lesão corporal leve e de lesão corporal culposa, transformando-os em delitos de ação pública condicionada. Ou seja, o desencadeamento da ação penal passou a depender da representação do ofendido. No entanto, de modo expresso a Lei Maria da Penha afastou a incidência da Lei dos Juizados Especiais quanto aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista (art. 41). (...) As posições se dividiram quer entre os doutrinadores, quer no âmbito do próprio Poder Judiciário. (...) Marcelo Lessa Bastos foi um dos primeiros a sustentar que a ação penal voltou a ser pública incondicionada nos casos de lesão corporal leve decorrente de violência doméstica e familiar contra a mulher. Ana Paula Schwelm Gonçalves e Fausto Rodrigues Lima manifestaram-se no mesmo sentido. (...) Na mesma linha Eduardo Luiz Santos Cabette: parece irretorquível que a partir da vigência da Lei 11.340/06 retornou a ser pública incondicionada, mesmo nos casos de lesões leves, desde que perpetradas no âmbito de violência doméstica e familiar contra a mulher. Isto porque não é no Código Penal que se vai encontrar o dispositivo que determina a ação penal pública condicionada para lesões leves em geral, e sim no art. 88 da Lei 9.099/95. O raciocínio é simples: se a Lei 9.099/95 não se aplica mais aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, inexistindo qualquer ressalva, conclui-se que não se aplica por inteiro, inclusive o seu artigo 88, de forma que no silêncio do Código Penal, reintegra-se a regência do art. 100 do CP, que impõe a ação penal pública incondicionada. Essa também é a posição de Belmiro Pedro Welter. Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini comungam desse entendimento⁶.

O STF, todavia, não se limitou a analisar tal questão. Ao contrário, afirmou que não se admitiria a representação porque existiria neste contexto vício de vontade, bem como lesão à dignidade pela exigência de representação, e também proteção não só da mulher como também da família, a qual, portanto, não poderia se retratar em nome de toda família.

Além disso, o STF se preocupou em garantir à mulher acesso efetivo a reparação, a proteção e a justiça e que solução diversa resultaria na privação da vítima de proteção satisfatória à sua saúde e segurança.

Os argumentos supra estão longe de ser legalistas, relacionados à aplicação ou não da Lei 9.099 ao crime de lesão corporal leve praticado no contexto de violência doméstica e familiar.

Ora, se o STF considera que há vício de vontade na retratação no crime de lesão corporal leve, porque o mesmo vício não ocorreria em outros crimes condicionados à representação?

A esse respeito, faz-se mister trazer à colação os argumentos expendidos na inicial da ADI supracitada, da lavra da Procuradoria-Geral da República:

A tese sustentada na presente ação é de que a única interpretação compatível com a Constituição é aquela que entende ser o crime de ação penal pública incondicionada. A interpretação que faz a ação penal depender de representação da vítima, por outro lado, importa em violação ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), aos direitos fundamentais de igualdade (art. 5, I) e de que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI), à proibição de proteção deficiente dos direitos fundamentais, e ao dever do Estado de coibir e prevenir a

violência no âmbito das relações familiares (art. 226, par. 8º). (...) Não se pode certamente afirmar que a interpretação que ora se contesta seja, em si mesmo, intencional e diretamente discriminatória em relação à mulher. Sem embargo, apesar de aparentemente neutra, ela produz, como já visto, impactos nefastos e desproporcionais para as mulheres, sendo, pois, incompatível com o princípio constitucional da igualdade. A doutrina e a jurisprudência alienígenas designam tal situação como de discriminação indireta, correlata com a teoria do impacto desproporcional. Segundo Joaquim Barbosa, tal teoria consiste na ideia de que toda e qualquer prática (...), ainda que não provida de intenção discriminatória no momento de sua concepção, deve ser condenada por violação ao princípio da igualdade material se, em consequência da sua aplicação, resultarem efeitos nocivos. (...). Nesse quadro, foge a qualquer juízo de razoabilidade admitir que interpretação judicial da lei que veio em cumprimento a mandamento constitucional acabe por violá-lo. E é o que está a acontecer com a interpretação que exige representação da vítima de violência doméstica, para início da ação penal em crimes de lesões corporais, para início da ação penal em crimes de lesões corporais tidas por leve (...). (...) relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos registra que a maior deficiência das legislações que tratam de violência doméstica contra a mulher é estabelecer, como objetivo primeiro, a preservação da unidade familiar e não a proteção dos direitos de seus integrantes a viver livres de violência e discriminação. (...) De acordo com Stella Cavalcanti, a renúncia ao direito de representar redundava em 90% de arquivamento das ações penais. É fácil imaginar a quanto chega o quantitativo de impunidade se se pensar no número de mulheres que sequer chegam ao ponto de representar⁷.

Fixados os exatos contornos do quanto decidido pelo STF no que se refere ao crime de lesões corporais leves, vejamos as razões hermenêuticas que indicam a necessidade de extensão desta decisão a todos os demais crimes condicionados à representação, quando praticados contra a mulher no ambiente doméstico, familiar ou no contexto de relação íntima de afeto, apesar de o STF, naquele momento, ter restringido à análise da constitucionalidade ou não da representação no crime de lesão corporal leve.

2.1. Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes versus Efeito erga omnes e eficácia vinculante das decisões tomadas em sede de controle abstrato pelo STF:

O Supremo Tribunal Federal, mais recentemente, tem adotado a teoria da transcendência dos motivos determinantes.

O efeito vinculante da decisão do STF, segundo essa teoria, abrangeria não somente os artigos legais expressamente questionados na ação direta de inconstitucionalidade ou constitucionalidade ou a parte dispositiva do acórdão, nos termos do art. 458, inciso III, do CPC, mas, também, as próprias razões de decidir que embasaram a decisão prolatada pela Corte.⁸

Em sede de jurisdição constitucional não se aplicaria, portanto, o disposto no art. 469, inciso I, do CPC, que assim prescreve:

Art. 469. Não fazem coisa julgada: I - os motivos, ainda que importantes para

determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

Sobre o tema, pertinente trazer a lume o magistério dos Prof. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco:

(...) sustenta o Tribunal Constitucional alemão que o efeito vinculante se estende, igualmente, aos fundamentos determinantes. Segundo esse entendimento, a eficácia da decisão do Tribunal transcende o caso singular, de modo que os princípios dimanados da parte dispositiva e dos fundamentos determinantes sobre a interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais (...) – pg. 1282⁹.

(...)

É certo, por outro lado, que a limitação do efeito vinculante à parte dispositiva da decisão tornaria de todo despiciendo esse instituto, uma vez que ele pouco acrescentaria aos institutos da coisa julgada e da força de lei. Ademais, tal redução diminuiria significativamente a contribuição do tribunal para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional – pg. 1284.

A esse respeito, vejamos também as lições de Fredie Didier Jr¹⁰:

No conteúdo da fundamentação, é preciso distinguir o que é a *ratio decidendi* e o que é *obiter dictum*. A *ratio decidendi* são os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão; a opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi; trata-se da tese jurídica acolhida pelo órgão julgador no caso concreto. “a *ratio decidendi* (...) constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (*rule of law*). Já o *obiter dictum* (*obiter dicta*, no plural) consiste nos argumentos que são expostos apenas de passagem na motivação da decisão, consubstanciando juízos acessórios, provisórios, secundários, impressões ou qualquer outro elemento que não tenha influência relevante e substancial para a decisão (“prescindível para o deslinde da controvérsia”), sendo apenas algo que se fez constar “de passagem”, não podendo ser utilizado com força vinculativa por não ter sido determinante para a decisão. Essa distinção é muito relevante para o estudo da força vinculativa dos precedentes judiciais, assunto que ganhou importância por conta da adoção da “súmula vinculante” em matéria constitucional (art. 103-A, CF/88), do valor que se tem atribuído aos enunciados consagrados em súmula dos tribunais (arts. 475, § 3º, 518, § 1º, 544, § 3º, 557 etc., todos do CPC) e da possibilidade de julgamento liminar de causas repetitivas (art. 285-A, CPC). A coisa julgada vincula todos à decisão do objeto litigioso (a solução da questão principal apresentada no dispositivo da decisão) de um determinado caso concreto. quando se estuda a força vinculativa dos precedentes judiciais (enunciado da súmula da jurisprudência predominante de um tribunal, por exemplo), é preciso investigar a *ratio decidendi* dos julgados anteriores, encontrável em sua fundamentação. assim, as razões de decidir do precedente é que operam a vinculação: *extrai-se da ratio decidendi, por indução, uma regra geral que pode ser aplicada a outras situações semelhantes*. Da solução de um caso concreto (particular) extrai-se uma regra de direito que por ser generalizada. Só se pode considerar como *ratio decidendi*, a opção hermenêutica que, a despeito de ser feita para um caso concreto, tenha aptidão para ser universalizada. “É certamente em

decorrência desse relevante aspecto, na órbita de um sistema jurídico estribado na observância compulsória dos precedentes, que as razões de decidir devem prever e sopesar a repercussão prática que determinada decisão poderá oferecer para o ordenamento jurídico globalmente considerado” TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente judicial como fonte do Direito, cit., p. 176. Tudo isso nos leva a uma importante advertência: não bastasse a exigência constitucional de a decisão judicial ser devidamente motivada, é preciso que o órgão jurisdicional, máxime os tribunais superiores, tenha bastante cuidado na elaboração da fundamentação dos seus julgados, pois, a prevalecer determinada *ratio decidendi*, será possível extrair, a partir dali, uma regra geral a ser observada em outras situações.

Ora, as razões de decidir da corte foram explicitadas acima, as quais são plenamente ajustáveis aos demais casos de crimes condicionados à representação.

A *ratio decidendi* do julgamento da ADI n. 4424 e da ADC n. 19, além disso, possui aptidão para ser generalizada, eis que a questão não fora julgada em razão de peculiaridades do crime de lesão corporal leve.

O Supremo Tribunal Federal, em diversos dos seus julgados, tem atribuído eficácia vinculante aos motivos determinantes de suas decisões, não somente em sede de controle abstrato, mas também em sede de controle concreto.

O Supremo tem atribuído, portanto, eficácia vinculante à sua jurisprudência, bem como aos motivos determinantes de seus julgados.

Na Reclamação n. 4.987 o STF se utilizou, pela primeira vez, da expressão: “transcendência dos motivos determinantes”. Todavia, a “transcendência dos motivos determinantes” não fora o tema central da Reclamação n. 4.987.

Sobre tal Reclamação, vejamos um pequeno trecho do Informativo – STF n. 458:

INFORMATIVO Nº 458 - TÍTULO - Reclamação: Controle Abstrato de Constitucionalidade e Lei de Teor Idêntico – **PROCESSO -** Rcl 4987 MC/PE - **RELATOR: MIN. GILMAR MENDES DECISÃO:**

(...)

“Após refletir sobre essa questão, e baseando-me em estudos doutrinários que elaborei sobre o tema, não tenho nenhuma dúvida de que, ainda que não se empreste eficácia transcendente (efeito vinculante dos fundamentos determinantes) à decisão, o Tribunal, em sede de reclamação contra aplicação de lei idêntica àquela declarada inconstitucional, poderá declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade da lei ainda não atingida pelo juízo de inconstitucionalidade. Ressalto que essa tese não é estranha à Corte (...).

(...)

Trata-se, isso sim, de um poder ínsito à própria competência do Tribunal de fiscalizar incidentalmente a constitucionalidade das leis e dos atos normativos. E esse poder é realçado quando a Corte se depara com leis de teor idêntico àquelas já submetidas ao seu crivo no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade. Assim, em relação à lei de teor idêntico àquela que já foi objeto do controle de constitucionalidade no STF, poder-se-á, por meio da reclamação, impugnar a sua aplicação ou rejeição por parte da Administração ou do Judiciário, requerendo-se a declaração incidental de sua

inconstitucionalidade, ou de sua constitucionalidade, conforme o caso¹¹.

A Reclamação n. 2.986, por sua vez, é considerada *leading case* nesse particular.

Vejam os:

INFORMATIVO Nº 379 - ADI - Transcendência dos Motivos Determinantes – Reclamação - Rcl 2986 MC/SE - RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO

(...)

EMENTA: FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE. RECONHECIMENTO, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DA VALIDADE CONSTITUCIONAL DA LEGISLAÇÃO DO ESTADO DO PIAUÍ QUE DEFINIU, PARA OS FINS DO ART. 100, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO, O SIGNIFICADO DE OBRIGAÇÃO DE PEQUENO VALOR. DECISÃO JUDICIAL, DE QUE ORA SE RECLAMA, QUE ENTENDEU INCONSTITUCIONAL LEGISLAÇÃO, DE IDÊNTICO CONTEÚDO, EDITADA PELO ESTADO DE SERGIPE. ALEGADO DESRESPEITO AO JULGAMENTO, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DA ADI 2.868 (PIAUÍ). EXAME DA QUESTÃO RELATIVA AO EFEITO TRANSCENDENTE DOS MOTIVOS DETERMINANTES QUE DÃO SUPORTE AO JULGAMENTO, “IN ABSTRACTO”, DE CONSTITUCIONALIDADE OU DE INCONSTITUCIONALIDADE. DOCTRINA. PRECEDENTES. ADMISSIBILIDADE DA RECLAMAÇÃO. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. DECISÃO:

(...)

O litígio jurídico-constitucional suscitado em sede de controle abstrato (ADI 2.868/PI), examinado na perspectiva do pleito ora formulado pelo Estado de Sergipe, parece introduzir a possibilidade de discussão, no âmbito deste processo reclamatório, do denominado efeito transcendente dos motivos determinantes da decisão declaratória de constitucionalidade proferida no julgamento plenário da já referida ADI 2.868/PI, Rel. p/ o acórdão Min. JOAQUIM BARBOSA. Cabe registrar, neste ponto, por relevante, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no exame final da Rcl 1.987/DF, Rel. Min. MAURÍCIO CORREA, expressamente admitiu a possibilidade de reconhecer-se, em nosso sistema jurídico, a existência do fenômeno da “transcendência dos motivos que embasaram a decisão” proferida por esta Corte, em processo de fiscalização normativa abstrata, em ordem a proclamar que o efeito vinculante refere-se, também, à própria “ratio decidendi”, projetando-se, em consequência, para além da parte dispositiva do julgamento, “in abstracto”, de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade. *Essa visão do fenômeno da transcendência parece refletir a preocupação que a doutrina vem externando a propósito dessa específica questão, consistente no reconhecimento de que a eficácia vinculante não só concerne à parte dispositiva, mas refere-se, também, aos próprios fundamentos determinantes do julgado que o Supremo Tribunal Federal venha a proferir em sede de controle abstrato, especialmente quando consubstanciar declaração de inconstitucionalidade, como resulta claro do magistério de IVES GANDRA DA SILVA MARTINS/GILMAR FERREIRA MENDES (“O Controle Concentrado de Constitucionalidade”, p. 338/345, itens ns. 7.3.6.1 a 7.3.6.3, 2001, Saraiva) e de ALEXANDRE DE MORAES (“Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional”, p. 2.405/2.406, item n. 27.5, 2ª ed., 2003, Atlas). Na*

realidade, essa preocupação, realçada pelo magistério doutrinário, tem em perspectiva um dado de insuperável relevo político-jurídico, consistente na necessidade de preservar-se, em sua integralidade, a força normativa da Constituição, que resulta da indiscutível supremacia, formal e material, de que se revestem as normas constitucionais, cuja integridade, eficácia e aplicabilidade, por isso mesmo, não de ser valorizadas, em face de sua precedência, autoridade e grau hierárquico, como enfatiza o magistério doutrinário (ALEXANDRE DE MORAES, “Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional”, p. 109, item n. 2.8, 2ª ed., 2003, Atlas; OSWALDO LUIZ PALU, “Controle de Constitucionalidade”, p. 50/57, 1999, RT; RITINHA ALZIRA STEVENSON, TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR. e MARIA HELENA DINIZ, “Constituição de 1988: Legitimidade, Vigência e Eficácia e Supremacia”, p. 98/104, 1989, Atlas; ANDRÉ RAMOS TAVARES, “Tribunal e Jurisdição Constitucional”, p. 8/11, item n. 2, 1998, Celso Bastos Editor; CLÈMERSON MERLIN CLÈVE, “A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro”, p. 215/218, item n. 3, 1995, RT, v.g.). Cabe destacar, neste ponto, tendo presente o contexto em questão, que assume papel de fundamental importância a interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função institucional, de “guarda da Constituição” (CF, art. 102, “caput”), confere-lhe o monopólio da última palavra em tema de exegese das normas positivadas no texto da Lei Fundamental, como tem sido assinalado, com particular ênfase, pela jurisprudência desta Corte Suprema: “(...) A interpretação do texto constitucional pelo STF deve ser acompanhada pelos demais Tribunais.

(...) A não-observância da decisão desta Corte debilita a força normativa da Constituição. (...)” (RE 203.498-AgR/DF, Rel. Min. GILMAR MENDES – grifei).

(...)

Ou, em outras palavras, cumpre analisar, presente o contexto ora em exame, se a “ratio decidendi”, que substancia o julgamento desta Corte proferido na ADI 2.868/PI, apresenta-se, ou não, revestida de efeito transcendente, em ordem a viabilizar, processualmente, a utilização do instrumento reclamatório. Parece-me que sim, ao menos em juízo de estrita delibação, especialmente se considerada a decisão que o Plenário do Supremo Tribunal Federal proferiu na Rcl 1.987/DF, Rel. Min. MAURÍCIO CORREA

(...)

Essa mesma orientação, que reconhece o caráter transcendente e vinculante dos fundamentos determinantes de decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida em sede de controle normativo abstrato, veio a ser reafirmada no julgamento plenário da Rcl 2.363/PA, Rel. Min. GILMAR MENDES, quando o eminente Relator da causa fez consignar, em expressiva passagem do seu douto voto, o que se segue: “(...) Assinale-se que a aplicação dos fundamentos determinantes de um ‘leading case’ em hipóteses semelhantes tem-se verificado, entre nós, até mesmo no controle de constitucionalidade das leis municipais”¹².

Portanto, a “transcendência dos motivos determinantes” já é uma realidade no STF, não só em processos de controle abstrato, mas também em sede de controle concreto.

Fala-se, pois, num processo irreversível de objetivação do controle concreto da

constitucionalidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

O Min. Celso de Mello, quanto a este aspecto, fez as seguintes ponderações no julgamento da Reclamação 2.986: “o Supremo Tribunal Federal, em recentes julgamentos, vem dando mostras de que o papel do recurso extraordinário na jurisdição constitucional está em processo de redefinição, de modo a conferir maior efetividade às decisões. Recordo a discussão que se travou na Medida Cautelar no RE 376.852, de relatoria do Min. Gilmar Mendes (Plenário, por maioria, Dj 27.03.2003).

Naquela ocasião, asseverou-se o caráter objetivo que a evolução legislativa vem emprestando ao recurso extraordinário, como medida racionalizadora de efetiva prestação jurisdicional” (STF - Informativo 379, de 7 a 11 de março de 2005).

Um dos julgados do STF, quanto à transcendência dos motivos determinantes, dizia respeito a uma decisão tomada em ADI que declarou constitucional norma do Estado de Sergipe que definiu obrigação de pequeno valor de forma diversa daquela prevista no artigo 87 do ADCT. Nessa ocasião, o STF manifestou-se favoravelmente à tese da transcendência dos motivos determinantes.

No mesmo sentido, decisão do STF, também de relatoria do Min. Gilmar Mendes, proferida em fevereiro de 2008 na Reclamação 5470/PA, Inf. 496.

Assim, em sendo adotada a teoria da transcendência dos motivos determinantes é preciso que se reconheça também que a decisão supracitada, do Supremo Tribunal Federal, possui caráter vinculante e efeito *erga omnes*, cujo desrespeito pode dar ensejo, inclusive, ao manejo de reclamação constitucional diretamente perante o Pretório Excelso, conforme leciona Kildare Gonçalves Carvalho:

Por isso, as decisões proferidas na via abstrata, tanto as relativas à ação direta de inconstitucionalidade quanto à ação declaratória de constitucionalidade vinculam o juiz do caso concreto, cabendo-lhe, no controle difuso, apreciar o mérito de forma compatível com a decisão proferida em sede de controle abstrato. Acentue-se que o superveniente descumprimento da decisão, por ato imputável ao órgão ou entidade vinculado ao processo de controle concentrado, configura ofensa à constituição, ensejando o manejo dos recursos previstos na lei processual, ou reclamação junto

A eficácia vinculante e o efeito *erga omnes* são, inclusive, previsões expressas da Constituição Federal de 1988.

O art. 102, § 2º, da Constituição de 1988 assim prescreve: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)”.

No que concerne à eficácia e os efeitos das decisões prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, vejamos também os ensinamentos do Insigne Prof. Alexandre de Moraes, *verbo ad verbum*:

Assim, uma vez proferida a decisão pelo STF, haverá uma vinculação obrigatória em relação a todos os órgãos do Poder Executivo e do Poder Judiciário, que deverão pautar o exercício de suas funções na interpretação constitucional dada pela corte

Além disso, a regra é de que a declaração de inconstitucionalidade tem efeitos *ex tunc* – retroativos, o que pode ser enfatizado considerando que a lei inconstitucional é ato nulo, viciado desde a origem, pelo que não poderia ter produzido efeitos desde seu nascedouro.

A modulação temporal dos efeitos de decisão do STF por sua vez, é medida excepcional, a qual, se adotada, deve ser objeto de quórum qualificado.

A decisão pode ser modulada com base em duas razões: a) por questões de segurança jurídica; b) na hipótese de excepcional interesse social. Estes são os dois motivos segundo os quais o STF pode modular temporalmente os efeitos da decisão. Nesses dois casos, o STF só pode fazer a modulação temporal dos efeitos da decisão se ele observar um quórum qualificado que é de 2/3 (oito Ministros).

Há, pois, exigência mais rigorosa para que seja dado outro momento para produção dos efeitos da decisão. Esses requisitos estão previstos no art. 27 da Lei 9868/99. In casu, especificamente, não houve modulação de efeitos.

Quanto ao efeito *ex tunc*, vejamos as lições de Gilmar Mendes, verbo ad verbum:

STF – RECLAMAÇÃO N. 4.335-5 – ACRE – Rel. Gilmar Mendes:

(...)

Diversamente, na declaração de inconstitucionalidade por via do controle abstrato, analisa-se a lei e a Constituição sem qualquer referência a um caso concreto e seus efeitos atingem a todos, vinculando Juízes e Tribunais. Nestes casos, o stf decide se seus efeitos podem atingir questões passadas, ou seja, se operam *ex tunc*.

Assim, a decisão do STF na Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 4.424/DF e na Ação Direta de Constitucionalidade n. 19/DF seria aplicável também aos casos ainda não definitivamente julgados de violência doméstica e familiar contra a mulher, mesmo que o crime tenha sido praticado antes do julgamento supracitado, excetuando-se, todavia, as hipóteses de trânsito em julgado.

Por fim, importante frisar que a ação penal de iniciativa privada permaneceria incólume, em razão justamente de o MP não possuir legitimidade para a propositura desta.

Conforme sabido, a legitimidade é, na expressão da doutrina, a pertinência subjetiva da ação, a qual deve ser analisada tanto no polo ativo, como no passivo. No processo penal a legitimidade é uma condição genérica da ação.

Assim, falece ao MP atribuição para intentar a ação penal de iniciativa privada, o qual seria tido como parte ilegítima, carecedor do direito de ação.

3. Conclusão objetiva – Síntese dogmática da proposição:

A partir da análise da *ratio decidendi* (das razões de decidir) do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 4.424/DF e da Ação Direta de Constitucionalidade n. 19/DF, bem como levando-se em consideração a “teoria dos motivos determinantes”, hodiernamente em voga no Pretório Excelso, restam superados os institutos da representação e da ação penal pública condicionada à representação no microssistema jurídico, que é a Lei Maria da Penha. Ou seja, nos crimes praticados contra a mulher no ambiente doméstico, familiar, ou no contexto de uma relação íntima de afeto, a persecução

criminal se dá através de ação penal pública incondicionada ou privada, não se falando mais em ação penal pública condicionada à representação.

4. Bibliografia:

- BERNARDES, Juliano Taveira. *Efeito vinculante das decisões do controle abstrato de constitucionalidade: transcendência aos motivos determinantes*. Leituras Complementares de Constitucional. Controle de Constiucionalidade. Organizador Marcelino Novelino Camargo. Salvador: Ed. JusPodivm, 2007.
- CADORE, Márcia Regina Lusa. *Súmula Vinculante e Uniformização de Jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 3a ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça: A efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. 3a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- DIDIER JR, Fredie. *Notas sobre a distinção entre ratio decidendi e obiter dictum*. Fonte: http://ww3.lfg.com.br/material/fredie/int_pcivil_ratio_22_11.pdf. Acesso em 18 de agosto de 2013.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 19ª edição. São Paulo: Atlas. 2006.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O Princípio Constitucional da Igualdade*. Belo Horizonte: Jurídicos Lê, 1990.
- SANTANA, Gilca Feitosa; SÁ, Itanielo Rotondo. *Lei Maria da Penha e a incondicionabilidade do crime de lesão corporal de natureza leve: um estudo sobre os impactos do julgamento da ADI 4424/DF e ADC 19/DF pelo STF na realidade social*. Fonte: http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_07_07491_07526.pdf.

- 1 Apud. COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 3a ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 15.
- 2 SANTANA, Gilca Feitosa; SÁ, Itanielo Rotondo. *Lei Maria da Penha e a incondicionabilidade do crime de lesão corporal de natureza leve: um estudo sobre os impactos do julgamento da ADI 4424/DF e ADC 19/DF pelo STF na realidade social*. Fonte: http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_07_07491_07526.pdf. Acesso em: 18 de agosto de 2013.
- 3 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O Princípio Constitucional da Igualdade*. Belo Horizonte: Jurídicos Lê, 1990. p. 118.
- 4 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 158.
- 5 CADORE, Márcia Regina Lusa. *Súmula Vinculante e Uniformização de Jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 34.
- 6 DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça: A efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. 3a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. pp. 86/87
- 7 Petição Inicial obtida junto ao Site do STF: <http://www.stf.jus.br/>.
- 8 BERNARDES, Juliano Taveira. *Efeito vinculante das decisões do controle abstrato de constitucionalidade: transcendência aos motivos determinantes*. Leituras Complementares de Constitucional. Controle de Constiucionalidade. Organizador Marcelino Novelino Camargo. Salvador: Ed. JusPodivm, 2007, págs. 131/133.
- 9 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1282/1284.
- 10 DIDIER JR, Fredie. *Notas sobre a distinção entre ratio decidendi e obiter dictum*. Fonte: http://ww3.lfg.com.br/material/fredie/int_pcivil_ratio_22_11.pdf. Acesso em 18 de agosto de 2013.
- 11 Fonte: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%284987%2EPROC%2E%29&base=baseInformativo&url=http://tinyurl.com/c4oqgl8>.
- 12 Fonte: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%282986%2EPROC%2E%29&base=baseInformativo&url=http://tinyurl.com/bqgpfsk>.
- 13 MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 19ª edição. São Paulo: Atlas. 2006. p. 690.

Código de Processo Penal: Apesar das Alterações Introduzidas em 2008, a Vítima Continua Esquecida.

Petrúcio José Luna de Aquino

Exposição

O presente trabalho tem por objeto tecer algumas considerações acerca das inovações inseridas no Código de Processo Penal, referentes à vítima, pelas Leis 11.719 e 11.690, de 20/06/2008 e 09/06/2008, respectivamente. O legislador, depois de longos anos de discussão, finalmente alterou a legislação, que passou a dar maior valor à vítima da infração penal. Entretanto, decorridos mais de quatro anos, as inovações não surtiram os efeitos esperados, haja vista que pouca coisa mudou, e a vítima continua deslembada, abandonada, relegada a um segundo plano por parte daqueles que integram o sistema jurídico penal.

Conforme Guilherme Nucci, ofendido “é o sujeito passivo do crime – a vítima – ou seja, a pessoa que teve diretamente o seu interesse ou bem jurídico violado pela prática da infração penal. É certo que o Estado é considerado o sujeito passivo constante ou formal, sempre presente em todos os delitos, pois detém o direito de punir, com exclusividade. Entretanto, leva-se em conta, para os fins processuais, o sujeito passivo eventual ou material, isto é, a pessoa diretamente lesada” (NUCCI, 2006, p. 435).

De acordo com a Declaração dos Princípios Básicos de Justiça para as Vítimas de Delitos e Abuso de Poder da Organização das Nações Unidas (ONU), adotada pela Assembleia Geral na sua Resolução 40/34, de 29 de novembro de 1985, é o seguinte o conceito de vítima:

“1 – Entende-se por ‘vítimas’ as pessoas que, individual ou coletivamente, tenham sofrido danos, inclusive lesões físicas ou mentais, sofrimento emocional, perda financeira ou diminuição substancial de seus direitos fundamentais, como consequência de ações ou omissões que violem a legislação penal vigente nos Estados-membros, incluída a que prescreve o abuso criminal de poder”.

Portanto, o sujeito passivo da infração criminal é a vítima. Esta, infelizmente, sofre com a vitimização primária, secundária e terciária, e pouco se faz para amenizar a sua dor.

A vitimização primária é aquela provocada pelo cometimento do crime. Compreende as sequelas diretas da infração penal, a partir do contato da vítima com o crime e seu autor, tais como os danos físicos, psicológicos, sociais e materiais (OLIVEIRA, 1999, p. 111).

A vitimização secundária é aquela causada pelas instâncias formais de controle social, ou seja, pela própria mecânica da justiça criminal, que a partir da atuação de seus órgãos, personificados pela polícia, bem como pelos sujeitos que participam do processo penal (juízes, promotores, advogados, peritos oficiais e serventuários da justiça), e que causam danos adicionais às vítimas de delitos (BARROS, 2008, p. 70).

Já vitimização terciária é aquela que ocorre no âmbito dos controles sociais, mediante o contato da vítima com o grupo familiar ou em seu meio ambiente social, como no trabalho, na escola, nas associações comunitárias, na igreja ou no convívio social (BARROS, 2008, p.72).

A Lei nº 11.719/2008, visando agilizar a reparação dos danos decorrentes da infração, e, por consequência, amenizar o trauma e o prejuízo da vítima, alterou a redação do inciso IV do art. 387 do Código de Processo Penal, no sentido de que o juiz fixe na sentença condenatória o valor mínimo. Dispõe o art. 387 do CPP o seguinte:

“Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:

I – III (omissis)

IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.”.

O inciso IV está em sintonia com a cláusula 8 da Declaração da ONU acima referida, que preceitua o seguinte:

“8. Os autores de crimes ou os terceiros responsáveis pelo seu comportamento devem, se necessário, reparar de forma equitativa o prejuízo causado às vítimas, às suas famílias ou às pessoas a seu cargo. Tal reparação deve incluir a restituição dos bens, uma indenização pelo prejuízo ou pelas perdas sofridos, o reembolso das despesas feitas.”

Leciona Hidejalma Muccio que não há tratamento uniforme quanto ao momento e a sede para o exercício da pretensão que visa à satisfação do dano decorrente da infração penal. Que são três os sistemas: o da solidariedade; o da livre escolha; e o da separação ou independência. Para alguns são quatro, uma vez que distinguem o sistema da solidariedade do da confusão. No sistema da solidariedade, tanto a imposição da pena quanto o ressarcimento ocorrem num único processo, e este processo é o criminal. No sistema da confusão os pedidos de imposição da pena e de ressarcimento fazem parte de uma única ação. No da solidariedade as duas pretensões são exercidas no mesmo processo criminal, porém em duas ações diferentes. Pelo sistema da livre escolha ou da interdependência, é facultado ao interessado buscar a satisfação do dano na esfera civil ou penal. Já no sistema da separação ou independência a pretensão de satisfação do dano deve ser exercida necessariamente na jurisdição civil (MUCCIO, 2011, p. 740/741).

O sistema da separação ou independência era o adotado no Brasil, e continua sendo, pois o art. 63 do CPP não foi revogado. Tanto é que o ofendido, caso não fique satisfeito com o valor mínimo fixado na sentença penal condenatória, poderá propor no juízo cível a ação de conhecimento, a ação *ex delicto*. Se satisfeito com o valor fixado, ainda dependerá da via cível para a ação de execução *ex delicto*. (MUCCIO, 2011, p. 742).

Apesar de o legislador criar mecanismos para tornar célere a reparação dos danos, adotando o sistema da confusão na ação de conhecimento para a fixação do valor mínimo, na prática não se verifica isso ocorrer. O Ofendido, nas oportunidades em que se habilita como assistente da acusação, não pede expressamente a reparação dos danos, nem se manifesta sobre esta durante a instrução. Os membros do Ministério Público, com algumas exceções, também não o fazem. Alguns entendem até que não têm legitimidade, outros que o juiz deverá fixar de ofício. Por sua vez, os juízes, na maioria dos casos, por falta do pedido expresso, não fixam o valor mínimo por ocasião da sentença condenatória.

Há questões, realmente, controvertidas. Contudo, a doutrina e a jurisprudência vêm delineando entendimentos, embora não uniformes, acerca do tema, que dão suporte para garantir-se, na prática, o direito da vítima a reparação do prejuízo de forma mais célere.

Nestor Távora e Rosmar Alencar entendem que o magistrado não pode reconhecer o pleito indenizatório sem que tenha havido requerimento nesse sentido. O magistrado não pode julgar *extra petita*. (TÁVORA; ALENCAR, 2010, p. 209). Corroborando esse posicionamento, Guilherme Nucci leciona que é fundamental haver, durante a instrução criminal, um pedido formal para que se apure o montante civilmente devido. Se não houver formal pedido e instrução específica para apurar o valor mínimo para o dano, é defeso ao julgador optar por qualquer cifra, pois seria nítida infringência ao princípio da ampla defesa. (NUCCI, 2012, p. 742).

Em sentido oposto, Hidejalma Muccio assegura que o juiz não fica impedido de agir de ofício, e pode estabelecer o valor diante das provas carreadas aos autos. Acrescenta que não se exige a instauração de incidente, em autos apartados, visando à produção de prova e o contraditório, haja vista que a satisfação do dano é consequência da sentença penal condenatória, e esta é proferida com base na prova amealhada ao processo pelas partes, assegurando-se, ao acusado, ampla defesa, em regular contraditório, de modo que o interesse em produzir toda e qualquer prova que possa ter influência na sua responsabilização pelos danos oriundos da infração penal é seu. Não há surpresa ou cerceamento à defesa do acusado, inclusive quanto ao dever de reparar o dano, que resulta da sentença condenatória. (MUCCIO, 2011, p. 742). Eugênio Pacelli Oliveira tem posicionamento semelhante a este (OLIVEIRA, 2010, p. 628). Da mesma forma Andrey Mendonça, ao afirmar que pela leitura do art. 387, inc. IV, do CPP, verifica-se que é um verdadeiro comando ao magistrado fixar o montante mínimo (MENDONÇA, 2008, p. 242).

Embora entenda, acompanhando esta última corrente, que não há necessidade do pedido expresso, não se poder negar que, diante das controvérsias, é de bom alvitre o autor da ação penal formular o pedido na exordial, para não dar margem a recursos.

Quanto à legitimidade para requerer a indenização, no âmbito das ações penais públicas, Nestor Távora e Rosmar Alencar, numa posição minoritária, entendem que o Ministério Público não tem legitimidade, já que uma tal pretensão exorbitaria o âmbito de sua atribuição (TÁVORA; ALENCAR, 2010, p. 209).

Nucci afirma categoricamente que é fundamental haver, durante a instrução criminal, um pedido formal para que se apure o montante civilmente devido. Esse pedido deve partir do ofendido, por seu advogado (assistente de acusação) ou do Ministério Público. A parte que o fizer precisa indicar valores e provas suficientes a sustentá-los. (NUCCI, 2012, p.742).

A legitimidade do Ministério Público para requerer a reparação do dano é incontestável. Como titular da ação penal pública, deve zelar para que os efeitos da sentença condenatória sejam aplicados. Sua atuação é legítima, sem dúvida. Se outro fosse o entendimento, não poderia também, nos crimes de menor potencial ofensivo, propor a pena restritiva de direitos de prestação pecuniária, na transação penal, consistente no pagamento em dinheiro à vítima ou a seus dependentes.

Discute-se, ainda, se a alteração inserida pelo inc. IV do art. 387 do CPP, aplica-se retroativamente, ou seja, para os crimes ocorridos antes da vigência da Lei nº 11.719/2008, nos processos em que não houve a prolação da sentença. Há uma corrente entendendo que não retroage.

Demercian e Maluly asseguram que retroage, porque a regra contida no referido artigo tem natureza processual e não material, de aplicação imediata, nos termos do art. 2º do CPP. Ressaltam que a Constituição Federal somente veda a retroatividade da lei penal mais gravosa

ao acusado e o juiz apenas estará fixando um valor mínimo para a indenização de natureza cível. Lembram que a sentença condenatória transitada em julgado é um título executivo (art. 475-N, II do CPC) e torna certa esta obrigação de indenização do dano pelo (art. 91, I, CP). Não há qualquer inovação relacionada à obrigatoriedade de reparação do dano, que sempre esteve contida na sentença penal como seu efeito, cabendo, agora, ao juiz somente fixar o valor mínimo dessa indenização na sua decisão (DEMERCIAN; MALULY, 2012, p. 582).

Com a devida vênia, esta é a posição a ser adotada. É adequada, sem dúvida, a fixação do valor para reparação dos danos causado à vítima nos processos em andamento antes da Lei nº 11.719/2008, pois esta não criou um direito, este já existia no ordenamento jurídico, consoante preceitua o art. 91, I, do CPB. Alterou-se apenas o momento da fixação do valor.

No que se refere à prova sobre o valor da indenização, o entendimento predominante é no sentido de que não se deve desvirtuar o processo penal. Caso haja complexidade, sendo insuficiente a prova produzida para a obtenção do valor mínimo, o juiz não deverá fixá-lo.

Acerca do tema, eis a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL PENAL. INDENIZAÇÃO DO ART. 387, IV, DO CPP. APLICABILIDADE À AÇÃO PENAL EM CURSO QUANDO A SENTENÇA CONDENATÓRIA FOR PROFERIDA EM DATA POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI N. 11.719/2008. 1. **A regra estabelecida pelo art. 387, IV, do Código de Processo Penal, por ser de natureza processual, aplica-se a processos em curso.** 2. **Inexistindo nos autos elementos que permitam a fixação do valor, mesmo que mínimo, para reparação dos danos causados pela infração, o pedido de indenização civil não pode prosperar, sob pena de cerceamento de defesa.** 3. Recurso especial conhecido, mas improvido.” (REsp 1176708/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, **SEXTA TURMA**, julgado em 12/06/2012, DJe 20/06/2012, STJ). (Sem grifo no original).

“PENAL. PROCESSUAL PENAL. FURTO QUALIFICADO. ABUSO DE CONFIANÇA. CONFIGURAÇÃO. AGRAVANTE. CRIME COMETIDO CONTRA VÍTIMA COM MAIS DE 60 ANOS. INDENIZAÇÃO DO ART. 387, IV, DO CPP. INCIDÊNCIA. NORMA PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL EM CURSO. SENTENÇA PROFERIDA APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 11.719/2008. RECURSO PROVIDO. (...) VI. A Lei 11.719, de 20 de junho de 2008, publicada em 23 de junho de 2008, entrou em vigor 60 (sessenta) dias após a data de sua publicação. VII. **No presente caso, na sentença, proferida em 10/09/2008, isto é, quando já vigente a norma em questão, o Juiz reconheceu a incidência da nova redação do inciso IV do art. 387 do Código de Processo Penal, fixando valor para reparação de danos causados pela infração.** VIII. **A norma de Direito Processual Penal se aplica imediatamente às sentenças proferidas após a sua entrada em vigor. Sendo assim, a norma do art. 387, IV, do CPP deve ser aplicada ao presente caso, em que a sentença condenatória foi proferida quando já vigente a lei que modificou os dispositivos da lei adjetiva penal.** IX. Recurso provido, nos termos do voto do Relator.” (REsp 1208510/RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, **QUINTA TURMA**, julgado em 24/05/2011, DJe 15/06/2011, STJ). (Sem grifo no original).

PENAL. RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO. REPARAÇÃO PELOS DANOS CAUSADOS À VÍTIMA. ART. 387, IV, DO CPP. PEDIDO FORMAL E OPORTUNIDADE DE PRODUÇÃO DE CONTRAPROVA. AUSÊNCIA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA

AMPLA DEFESA. RECURSO DESPROVIDO. I. O art. 387, IV, do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei 11.719, de 20 de junho de 2008, estabelece que o Juiz, ao proferir sentença condenatória fixará um valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido. II. **Hipótese em que o Tribunal a quo afastou a aplicação do valor mínimo para reparação dos danos causados à vítima porque a questão não foi debatida nos autos.** III. **Se a questão não foi submetida ao contraditório, tendo sido questionada em embargos de declaração após a prolação da sentença condenatória, sem que tenha sido dada oportunidade ao réu de se defender ou produzir contraprova, há ofensa ao princípio da ampla defesa.** IV. Recurso desprovido. (REsp 1185542/RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, **QUINTA TURMA**, julgado em 14/04/2011, DJe 16/05/2011, STJ). (Sem grifo no original).

Ressalte-se que os Recursos Especiais foram interpostos pelo Ministério Público. Logo, se este não tivesse legitimidade para manifestar-se na ação penal acerca da reparação dos danos causados à vítima, na forma do inc. IV do art. 387 do CPP, como teria para recorrer.

Ao contrário do entendimento do STJ, as Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça de Pernambuco vêm se posicionando pela irretroatividade:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. RECURSO DA DEFESA. INDENIZAÇÃO PREVISTA NO ART. 387, IV DO CPP. FIXAÇÃO DO VALOR MÍNIMO À TÍTULO DE REPARAÇÃO DO DANO NO ÂMBITO DA SENTENÇA PENAL. EXCLUSÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO. APLICABILIDADE. FATO CRIMINOSO ANTERIOR À NORMA LEGAL DE CUNHO MATERIAL. IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL IN PEJUS. APELO PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. I - É incabível a aplicação do disposto no inciso IV, do art. 387, do C.P.P., relativo a delitos ocorridos anteriormente à vigência da Lei nº 11.719/2008, que deu nova redação ao referido dispositivo legal, em face do preceito constitucional previsto no art. 5º, XL, da CF/88, que estabelece a irretroatividade da lei penal in pejus. II - Apelo provido, unanimemente. (TJ-PE - APL: 11983520068170480 PE 0001198-35.2006.8.17.0480, Relator: Alderita Ramos de Oliveira, Data de Julgamento: 28/03/2011, **3ª Câmara Criminal**). (Sem grifo no original). No mesmo sentido: APL 4707719998170370, Rel. Des. Antônio Melo, 2ª Câmara Criminal, TJPE, j. 14/02/12. APL 15840220088170640, Rel. Des. Marco Maggi, 4ª Câmara Criminal, TJPE, j. 08/04/11.

Registre-se que, por ocasião do julgamento da Ação Penal 470 (ação do mensalão) o Supremo Tribunal Federal deixou de fixar a reparação dos danos pelos motivos constantes no trecho do Acórdão abaixo:

“FIXAÇÃO DE VALOR MÍNIMO PARA REPARAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS PELAINFRAÇÃO. Deixo de fixar “valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração” (CPP, art. 387, IV, na redação dada pela Lei 11.719/2008, c/c o art. 63, parágrafo único), tendo em vista a inexistência de pedido formal nesse sentido, seja pelas pessoas que suportaram o prejuízo, seja pelo Ministério Público Federal (que somente apresentou tal pleito nas alegações finais), o que impossibilitou o exercício do contraditório e da ampla defesa especificamente sobre a fixação desse montante mínimo indenizatório.” (AP 470/MG, Inteiro Teor do Acórdão, página 6458 de 8405.

Acerca da matéria, o relator, Ministro Joaquim Barbosa, afirmou:

“Em um primeiro momento, eu deixei de fixar um valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração por não ter havido pedido formal nesse sentido. Não sei todos se lembram. Não houve esse pedido formal, seja pelas pessoas que suportaram o prejuízo, seja pelo Ministério Público, que somente apresentou esse pedido em alegações finais. No decorrer do julgamento, eu reajustei o meu voto para acompanhar o entendimento do Ministro Celso de Mello, apoiado em precedente firmado no julgamento da Ação Penal nº 396, que entende não ser necessário que o pedido de fixação de um valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração conste expressamente da denúncia, uma vez que se trata, em última análise, de mais um efeito extrapenal da condenação. Todavia, repensando melhor a questão, entendo que o caso ostenta algumas singularidades. **A extrema complexidade dos fatos e a intensa imbricação dos crimes praticados pelos condenados torna, a meu sentir, inviável essa fixação, de forma segura, de um valor, ainda que mínimo, para a reparação dos danos causados pelos delitos praticados por cada um dos réus desta ação penal. (...) Por essa razão, embora eu seja favorável ao entendimento de que o disposto no inciso IV do artigo 387 do Código de Processo Penal possa ser aplicado independentemente de a denúncia trazer pedido expresso nesse sentido, neste caso sobre o qual ora nos debruçamos, entendo que, em razão dessas peculiaridades, não há elementos seguros para essa aplicação do artigo 387.”** (AP 470/MG, Inteiro Teor do Acórdão, páginas 6459/6460 de 8405. Disponível em <ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf>. Acesso em 25.07.13)

A Lei nº 11.690/2008, dando nova redação ao capítulo destinado à vítima, conferiu-lhe vários direitos. O avanço começa do título do capítulo, o que antes era “Das perguntas ao ofendido” passou a ser “Do ofendido”. Prescreve o art. 201 do CPP o seguinte:

“Art. 201. Sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações.

§ 1º Se, intimado para esse fim, deixar de comparecer sem motivo justo, o ofendido poderá ser conduzido à presença da autoridade.

§ 2º O ofendido será comunicado dos atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão, à designação de data para audiência e à sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem.

§ 3º As comunicações ao ofendido deverão ser feitas no endereço por ele indicado, admitindo-se, por opção do ofendido, o uso de meio eletrônico.

§ 4º Antes do início da audiência e durante a sua realização, será reservado espaço separado para o ofendido.

§ 5º Se o juiz entender necessário, poderá encaminhar o ofendido para atendimento multidisciplinar, especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, a expensas do ofensor ou do Estado.

§ 6º O juiz tomará as providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo, inclusive, determinar o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito para evitar sua exposição aos meios de comunicação.”

Como se observa, com o advento da lei supra, a vítima passou a ter um tratamento merecido. Deve ser comunicada dos atos do processo, especialmente quanto ao ingresso e a saída do acusado da prisão. Tem direito a espaço reservado, antes e durante a audiência. A atendimento multidisciplinar nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, caso o juiz entenda necessário. E, ainda, a preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem.

Eugênio Pacelli de Oliveira aponta que duas das novidades são de remotíssima aplicabilidade na prática, ou seja, o espaço separado nas audiências e o encaminhamento à assistência psicossocial, jurídica e de saúde às expensas do Estado (OLIVEIRA, 2010, p. 446).

Na prática, infelizmente, não só essas duas novidades, mas todas aquelas dos parágrafos 2º a 6º do referido artigo não vêm sendo aplicadas, pelos menos na Comarca do Recife, embora não seja tão difícil efetivá-las.

A comunicação ao ofendido, se este demonstrar interesse e indicar o endereço, poderá ser feita por meio eletrônico. O espaço reservado, sua implantação não é tão complexa. Providências para preservar a intimidade, a honra e imagem, também não trazem maiores dificuldades. O encaminhamento para atendimento multidisciplinar, já é uma prática nos Juizados Especiais Criminais, no Recife. Na verdade, pelo volume de trabalho, os juízes relegam a um segundo plano tais direitos. Cabe ao Ministério Público fiscalizar e adotar as devidas providências. Conforme Mirabete: “não obstante parte, o Ministério Público deve conduzir-se com imparcialidade, pois deve defender os interesses da sociedade e fiscalizar a aplicação e a execução das leis” (MIRABETE, 2008, p. 333).

Conclusão

Diante das controvérsias apontadas, quanto à reparação dos danos causados pela infração, para não dar margem à discussão futura, é recomendável:

- a) que o autor da ação – o Ministério Público, na ação penal pública, e o querelante, na ação penal privada – requeira expressamente na inicial, desde que seja possível avaliar o dano, a reparação prevista no inc. IV do art. 387 do CPP;
- b) que nos processos em andamento, iniciados antes da vigência da Lei nº 11.719/2008, o autor da ação penal, após constatar em que fase se encontra a instrução processual, analise se comporta ainda ingressar com o referido pedido. Caso contrário, que o apresente por ocasião das alegações finais.

No tocante ao que preceitua o art. 201 do CPP, que o Ministério Público, no caso da omissão da autoridade policial ou do juiz, adote as medidas cabíveis para assegurar os direitos da vítima.

Referências

BARROS, Flaviane de Magalhães. A Participação da Vítima no Processo Penal. Rio de

Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. Curso de Processo Penal. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012

MENDONÇA, Andrey Borges de. Nova Reforma do Código de Processo Penal. São Paulo: Método, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo Penal. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MUCCIO, Hidejalma. Curso de Processo Penal. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Comentado. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____, Guilherme de Souza. Código de Processo Comentado. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. A Vítima e o Direito Penal: uma abordagem do movimento vitimológico e seu impacto no direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 13ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar. Curso de Direito Processual Penal. 4ª ed. Bahia: Jus Podivm, 2010.

* Promotor de Justiça de Pernambuco

Emprego de Arma de Fogo como meio de Execução que Qualifica o Homicídio

Ricardo Rangel de Andrade

1. Introdução

A presente tese trata do agente que, agindo com *animus necandi*, efetua disparos de arma de fogo – excessiva e repetidamente –, expondo, “além da vítima (pessoa que se pretende atingir), um número indeterminado de pessoas a uma situação de probabilidade de dano”¹.

Essa conduta que resulta em perigo comum, por vezes, é negligenciada ou desconsiderada, para fins do disposto no artigo 121, § 2º, inciso III, do CP, razão pela qual se pretende demonstrar a incidência dessa circunstância qualificadora na hipótese de homicídio – consumado ou tentado – cometido mediante tiros desferidos em profusão, com risco à vida ou integridade de pessoas que, em princípio e precisamente, não eram visadas pelo agente.

2. Exposição ou Justificativa

O homicídio é qualificado quando cometido com emprego de determinados meios de execução, como aquele *de que possa resultar em perigo comum* (artigo 121, § 2º, III, do CP), ou seja, capaz “de atingir número indeterminado de pessoas”² e, em geral, comumente associado pela doutrina a desabamento³, descarrilamento⁴, desmoronamento⁵, inundação⁶, sabotagem em trilhos⁷, incêndio⁸, fogo⁹, explosivo¹⁰, explosão¹¹, epidemia¹² e desastres de meios de transporte¹³. Há referência, também, a “desobediência deliberada de sinal semafórico”¹⁴.

A acepção de meio “de que possa resultar perigo comum” é semelhante nos tribunais:

“Para a configuração da qualificadora do art. 121, § 2º, III, do CP, há necessidade de que o agente tenha procurado meio capaz de resultar perigo comum, com o desencadear de forças dificilmente controláveis, tais como inundação, incêndio, explosão, envenenamento de uma fonte ou de substâncias alimentícias, que possam atingir indeterminado número de pessoas.” (TJSP – Rec. – rel. Des. Gentil Leite – RT 468/239).

Porém, além desses meios de execução, fartamente mencionados e prestigiados pela doutrina e jurisprudência, o emprego de arma de fogo também “pode alcançar indefinido número de pessoas”¹⁵, inserindo-se, por meio de interpretação analógica ou *intra legem*, nessa denominação genérica de “perigo comum”.

Isso ocorre com frequência em lugar público (ex.: ruas, praias, praças etc.), aberto ou exposto ao público (ex.: bares, supermercados, cinemas, repartições públicas etc.), como, a título de exemplificação:

- a) 2 (dois) ou mais agentes que, em concurso, cada qual portando uma arma de fogo, desferem, simultaneamente e a certa distância, diversos tiros visando atingir determinada pessoa que se encontra em local onde há grande concentração ou movimentação de pessoas (ex.: bares, festas, metrô, terminais rodoviários etc.); ou
- b) policial que efetua reiterados disparos de arma de fogo em rua ou avenida com intenso trânsito de pessoas, com o propósito de impedir a fuga do autor de furto sorrateiro em meio a multidão.

Em uma apreciação objetiva dos fatos, o agente que age em tais circunstâncias “além de atingir a vítima escolhida, pode criar uma situação de perigo extensivo a um indeterminado número de pessoas”¹⁶. Desse modo, “se os agentes, para consumir o homicídio, dispararam diversas vezes na rua, atingindo transeuntes, fica caracterizada a qualificadora” (RT 771/583)¹⁷.

Na realidade, a probabilidade de atingir outras pessoas diversas daquela que se pretende ofender é extremamente elevada, em razão de múltiplos fatores, perfeitamente cognoscíveis pelo agente (ex.: distância entre o agente e a vítima, tensão, inabilidade no manuseio do instrumento, dentre outros). Da própria ausência de autorização para portar arma de fogo presume-se certa inaptidão para utilizá-la e é um indicativo importante para aferição do dolo eventual.

O agente está consciente do risco e “diz a si próprio: seja como for, dê no que der, em qualquer caso não deixo de agir”¹⁸. Portanto, “é responsável a título de dolo”¹⁹. Ele, no mínimo, consente com a probabilidade de atingir outras pessoas, além da visada. Mesmo antevendo o resultado, continua a atirar. A propósito, o dolo eventual não é incompatível com o “perigo comum” de que trata o art. 121, § 2º, III, do CP, conforme se observa no Resp 912.060-DF²⁰, onde o Min. Relator admitiu a incidência dessa qualificadora (“perigo comum”) na hipótese de “homicídio informado por dolo eventual no trânsito automotivo”, enquanto o Min. Rel. para acórdão assentou que “conduzir um veículo em via pública a 165 Km/h é evidente causador de perigo comum”.

Não raro, a exposição à perigo da vida daqueles que se encontram na linha de tiro ou imediações – a efetiva possibilidade de que venham a ser atingidos –apresenta-se como efeito colateral ou necessário da conduta do agente, o qual está “atento só para o seu desígnio perverso”²¹. O agir indiscriminado e a indiferença às vítimas potenciais caracterizam a sua ação descontrolada e exasperada.

À vista disso, existe uma circunstância particular que comunica “ao fato maior reprovabilidade”, qualificando o homicídio: emprego de arma de fogo de maneira “que além de afetar a vítima visada, inicia um processo de termo imprevisível, ameaçando indeterminadamente os bens de outros, dentro do círculo indefinido em que o meio perigoso pode manifestar os seus efeitos, como se dá com o desencadear de forças dificilmente controláveis”²².

3. Conclusão

O agente que, agindo com *animus necandi*, se serve de arma de fogo e desfere diversos disparos, podendo “atingir um número indefinido ou indeterminado de pessoas”²³, emprega

meio de execução que pode “*resultar em perigo comum*”, para efeito de incidência da circunstância qualificadora prevista no art. 121, § 2º, inciso III, do CP.

4. Referências Bibliográficas

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 5ª edição, 2009

_____. *Tratado de Direito Penal*. Parte Especial: Dos Crimes contra a Pessoa. São Paulo: Saraiva, 6ª edição, 2007

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Parte especial. RJ: Forense, 1966

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2007

COSTA JR, Paulo José da & DA COSTA, Fernando José. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva; 10ª edição, Saraiva, 2011

CUNHA, Rogério Sanches. *Direito Penal: Parte Especial*, v. 3. São Paulo: RT, 2008

DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2011

FUHRER, Maximiliano Roberto Ernesto & FUHRER, Maximilianus Cláudio Américo. *Código Penal comentado*. SP: Malheiros, 2010

HUNGRIA, Nelson & FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. Vol. V. RJ: Forense, 6ª edição, 1981, p. 167

JESUS, Damasio E. de. *Direito Penal: parte especial*, 2º volume, 27ª edição, São Paulo: Saraiva, 2005

MASSON, Cleber. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Método, 2013.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. Parte Especial. 25ª edição. São Paulo: Atlas, 2007

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*, vol. 2. São Paulo: Saraiva, 29ª edição, 1998

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. São Paulo: RT, 4ª edição, 2003

PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: RT, 2005

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Parte Especial, vol. 2.. São Paulo: RT, 10ª edição, 2011

[1](#)* Promotor de Justiça - MP/GO

Masson, Cleber. *Código Penal comentado*. São Paulo: Método, 2013, p. 474.

[2](#) Cunha, Rogério Sanches. *Direito Penal: Parte Especial*, v. 3. SP:RT, 2008, p. 22

[3](#) Cezar Roberto Bitencourt, Fernando Capez, Heleno Fragoso, Júlio Fabbrini Mirabete, Luiz Regias Prado, Paulo José da Costa Jr.

[4](#) José Henrique Pierangeli

[5](#) José Henrique Pierangeli

[6](#) Aníbal Bruno, Cezar Roberto Bitencourt, Heleno Fragoso, José Henrique Pierangeli, Júlio Fabbrini Mirabete, Maximiliano Roberto Ernesto Fuhrer, Luiz Regias Prado, Maximilianus Cláudio Américo Fuhrer, Paulo José da Costa Jr.,

[7](#) Júlio Fabbrini Mirabete, Paulo José da Costa Jr.

[8](#) Aníbal Bruno, Cezar Roberto Bitencourt, Fernando Capez, Maximiliano Roberto Ernesto Fuhrer, Maximilianus Cláudio Américo Fuhrer

[9](#) Damasio E. de Jesus, E. Magalhães Noronha, Guilherme de Souza Nucci, Heleno Fragoso, José Henrique Pierangeli, Luiz Regis Prado

[10](#) Cezar Roberto Bitencourt, E Damasio E. de Jesus, Magalhães Noronha, Guilherme de Souza Nucci, Heleno Fragoso, José Henrique Pierangeli, Luiz Regis prado

[11](#) Aníbal Bruno, Fernando Capez, José Henrique Pierangeli, Maximiliano Roberto Ernesto Fuhrer, Maximilianus Cláudio Américo Fuhrer

[12](#) Fernando Capez

[13](#) Fernando Capez

[14](#) RT 544/395

[15](#) Delmanto, Celso. *Código Penal Comentado*. SP: Saraiva, 2011, p. 447

[16](#) Hungria, Nelson & Fragoso, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. Vol. V. RJ: Forense, 6ª edição, 1981, p. 167

[17](#) Julgado colacionado in Delmanto, Celso. *Código Penal Comentado*. SP: Saraiva, 2011, p. 449; e in Fuhrer, Maximiliano Roberto Ernesto & Fuhrer, Maximilianus Cláudio Américo. *Código Penal Comentado*. SP: Malheiros, 2010, p. 141.

[18](#) Fórmula de Frank, que serve de orientação.

[19](#) Hungria, Nelson & Fragoso, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. Vol. V. RJ: Forense, 6ª edição, 1981, p. 51.

[20](#) julgado em 14/11/2007, STJ

[21](#) idem

[22](#) Bruno, Aníbal. *Direito Penal. Parte especial*. RJ: Forense, 1966, p. 82

[23](#) Bitencourt. Cezar Roberto. *Código penal Comentado*. SP: Saraiva, 5ª edição, 2009, p. 318

A Polícia Judiciária como Auxiliar do Ministério Público

Rodrigo Leite Ferreira Cabral¹

Justificativa

A presente tese tem por objetivo reafirmar a identidade do Ministério Público como protagonista na persecução penal, fundamentando também o evidente papel da Polícia Judiciária como seu auxiliar no cumprimento desse papel na fase investigatória. Desse modo, cumpre ao Ministério Público, como titular da ação penal e, portanto, parte no processo penal, tomar as decisões de formação da *opinio delicti* e outras decisões processuais dela decorrentes, cabendo à Polícia Judiciária tão somente auxiliar ou sugerir ao Ministério Público eventuais medidas para o cumprimento de sua função.

Com a recente tentativa de alteração de nossa Constituição da República por meio da famigerada PEC 37, uma das questões que veio a tona nos ambientes de discussão acadêmica e institucional diz respeito à qual posição ocupa a polícia judiciária em nosso sistema penal.

Para responder adequadamente a essa indagação, é de rigor, inicialmente, que se compreenda como é feita a divisão de funções entre os atores do processo penal brasileiro.

Não há dúvida que a atual Constituição adotou o princípio acusatório², ao consagrar como garantia fundamental o devido processo legal (CR, art. 5º, inciso LIV) - que pressupõe a existência de um juiz imparcial e independente - e ao atribuir ao Ministério Público a titularidade privativa da ação penal pública (CR, art. 129, I), com independência funcional e garantias idênticas às da magistratura.

Portanto, é possível afirmar que o sistema processual penal brasileiro é composto de três protagonistas: a) o Juiz de Direito, imparcial e independente, sem poderes de iniciativa probatória; b) o Ministério Público (nas ações penais públicas), dotado das garantias judiciais e independente do Poder Executivo; c) o investigado/acusado que é visto como sujeito de direitos e não mais como objeto de investigação, ostentando, assim, a titularidade dos direitos e garantias fundamentais assegurados pela Constituição da República.

O Juiz de Direito, que é o presidente do processo penal, tem como seus auxiliares, os funcionários da justiça (CPP, art. 274) e os peritos e intérpretes (CPP, art. 275 a 281).

O acusado tem como seu auxiliar o advogado, constituído ou nomeado, ou mesmo o defensor público, caso se trate de pessoa carente de recursos financeiros. Veja-se que a atuação do defensor é sempre vinculada aos interesses do réu, que é o protagonista, não podendo ele ser instrumentalizado pelo seu defensor. Ademais, poderá, se for o caso, nomear assistente técnico (CPP, art. 159, §3º).

Por fim, o Ministério Público, que é o titular exclusivo da ação penal pública, e também poderá contar com auxiliares. Esses auxiliares poderão atuar na fase pré-processual ou na fase judicial.

Na fase pré-processual, de investigação, o Ministério Público poderá contar com o auxílio da Polícia Judiciária, de outros funcionários públicos, de particulares e também de assistente técnico. Na fase judicial, poderá contar com o auxílio, também de assistente técnico, bem como de assistente de acusação (CPP, arts. 268 a 273).

No presente trabalho, focaremos nossa atenção, na função de auxiliar que exerce a Polícia Judiciária ao Ministério Público na fase pré-processual.

A Polícia Judiciária, no desenho estrutural de nosso sistema penal, evidentemente não tem função de protagonista. Ela não tem independência institucional e não é parte no processo penal, não ostentando, portanto, capacidade postulatória³.

Analisando-se o Código de Processo Penal fica evidente que a polícia tem a função de auxiliar o Ministério Público na persecução penal⁴, mas não de maneira exclusiva, vez que o órgão ministerial pode requisitar documentos diretamente (CPP, art. 47) ou mesmo dispensar o inquérito policial (CPP, art. 39, § 5º). Portanto, por conta do princípio acusatório, toda referência à iniciativa e presidência da investigação ao Poder Judiciário, deve ser interpretada conforme a constituição, no sentido de que tal referência diz respeito ao Ministério Público⁵.

É evidente que o inquérito policial tem como objetivo fornecer elementos probatórios ao Ministério Público para que possa formar sua *opinio delicti*. O inquérito não deve produzir prova judicial. O inquérito destina-se, portanto, ao Ministério Público e não ao Poder Judiciário⁶. Para a decisão do Ministério Público sobre o oferecimento ou não da denúncia são necessários atos de investigação (praticados na fase pré-processual não judicializada), para a decisão do Poder Judiciário são necessários atos de prova (produzidos em juízo sob o contraditório).

Nesse sentido, inclusive é o artigo 155 do CPP, que reforça a ideia de que a função preponderante do inquérito policial é a de tão somente subsidiar a acusação, não podendo servir, em regra, como elemento probatório para a sentença⁷.

Portanto, cabe à polícia investigativa o dever de fornecer os elementos probatórios ao Ministério Público para formar sua opinião sobre o caso apurado.

Assim, a Polícia Judiciária apresenta-se como o braço direito do Ministério Público na fase pré-processual para viabilizar a apuração objetiva dos fatos investigados, possibilitando, se for o caso, o ajuizamento da ação penal pública.

Essa função da Polícia Judiciária de auxiliar do Ministério Público tem várias consequências práticas, que, muitas vezes por conta de um desconhecimento teórico desse desenho institucional, são ignoradas.

Podemos citar algumas consequências dessa função:

(i) Da dependência funcional da Polícia Judiciária ao Ministério Público.

A polícia investigativa tem dependência funcional do Ministério Público⁸, pois este pode requisitar diligências da polícia e dar as coordenadas de como deve seguir a investigação. Mesmo porque, não teria o menor sentido que o titular da ação penal não pudesse determinar a produção de atos investigatórios, a seu ver, imprescindíveis para a formulação da sua *opinio*

*delicti*⁹. Uma suposta independência funcional da polícia padece de clara inconstitucionalidade, pois se o Ministério Público não tem o poder de apontar os caminhos e diligências da investigação, na prática, não é ele quem faz o juízo sobre a propositura ou não de ação penal, mas sim a polícia, pois basta que ela investigue de acordo com seu entendimento e o Ministério Público estaria sujeito a tal decisão.

Daí porque era gritante a inconstitucionalidade da denominada independência funcional do delegado de polícia, aprovada pelo Congresso Nacional, por meio do projeto de lei n. 132/2012, que – além de outras esquisitices e inconstitucionalidades – previa no parágrafo terceiro, do seu artigo 2º, que: “O delegado de polícia conduzirá a investigação criminal de acordo com seu livre convencimento técnico-jurídico, com isenção e imparcialidade.” (paragrafo esse corretamente vetado pela Presidenta da República, ao sancionar a Lei n. 12.830/13).

(ii) Da ausência de capacidade postulatória da Polícia Judiciária.

A Polícia Judiciária, como visto, não é parte no processo penal. Ela é auxiliar do Ministério Público.

Portanto, quando o delegado de polícia, no curso das investigações que realiza no inquérito policial, entender necessário e cabível a tomada de alguma medida de natureza cautelar, deve representar diretamente ao Ministério Público, sugerindo a tomada dessas medidas.

Competirá, então, ao Ministério Público fazer o juízo de valor sobre o cabimento ou não de tal medida, pois ele é parte no processo penal de conhecimento ou no processo penal cautelar.

Desse modo, as representações para a decretação de prisão preventiva, de busca e apreensão, de “sequestro de bens”, de interceptação telefônica, dentre outras, devem ser todas endereçadas pela Polícia Judiciária ao Ministério Público e não ao Poder Judiciário.

Uma vez o Ministério Público decidindo pelo não cabimento da medida, a consequência lógica é o arquivamento da representação formulada pela Polícia Judiciária. Não poderá, de modo algum, sob pena de grave violação ao princípio acusatório e da inércia judicial, o Juiz de Direito competente determinar o cumprimento de tais medidas quando não houver pedido do Ministério Público (ou outra parte, como o ofendido na ação penal privada), mas apenas representação da Polícia Judiciária.

(iii) Da impossibilidade da Polícia Judiciária tomar qualquer medida tendente a abrir mão da ação penal.

O Ministério Público, repita-se uma vez mais, é o titular absoluto da ação penal pública. Assim, qualquer medida que importe na mitigação de tal prerrogativa somente poder ser feita pelo próprio Ministério Público.

De tal maneira, a proposta de transação penal, de suspensão condicional do processo somente podem ser feitas pelo Ministério Público.

Da mesma forma, todas as medidas relativas a eventual colaboração premiada, somente podem ser feitas diretamente pelo Ministério Público.

Por isso são manifestamente inconstitucionais os dispositivos da Lei n. 12.850/13 que, por exemplo, permitem que o delegado de polícia apresente condições à proposta de colaboração (art. 6º, II) ou mesmo assinem sozinho referidos acordos (art. 6º, IV) ou mesmo que façam negociações (art. 4º, §6º) ou celebrem referidas propostas, mediante “manifestação” posterior do Ministério Público (art. 4º, §6º).

É evidente que a Polícia Judiciária tem função relevantíssima em casos que tais, mas sempre ela atua como auxiliar do Ministério Público. Não pode fazer nada sem a participação efetiva e concomitante do órgão de acusação. Cumpre ao delegado sugerir tais medidas, cabendo ao Ministério Público decidir se é o caso ou não de adotá-las.

Diante disso, pode-se concluir que, no macrossistema processual brasileiro, a polícia judiciária apresenta-se como auxiliar do Ministério Público (e também do Poder Judiciário quando determine o cumprimento de ordens relativas à investigação penal ou processo penal, como por exemplo a busca e apreensão ou a prisão preventiva).

A nosso sentir, essa é a única configuração possível para o nosso sistema penal: o Ministério Público como coordenador da investigação e como titular da ação penal e o Poder Judiciário como supervisor dos direitos e garantias fundamentais na fase investigatória e como presidente do processo penal, na fase judicial.

Essa configuração é boa, não porque os membros do Ministério Públicos sejam melhores ou mais confiáveis que os Juízes na fase de investigação, não porque se está a imputar suspeição sobre a atitude dos policiais civis ou federais.

Mas sim porque é um sistema que é montado de forma racional e coerente com os papéis de cada um dos atores do processo, pois, ao mesmo tempo em que assegura a existência de um juiz imparcial (ou seja, um juiz que não investiga), garante a função de titular da persecução penal ao Ministério Público (autoridade independente e com garantias judiciais, mas distinta dos integrantes do Poder Judiciário), com grande vantagem de que no Brasil o Ministério Público é um órgão independente também do Executivo e do Legislativo, o que lhe resguarda, ainda mais, de possíveis intervenções políticas.

A polícia judiciária aparece aí como a principal colaboradora do Ministério Público na fase pré-processual, pois é ela quem, de regra, fornece os elementos probatórios mínimos para que o Ministério Público ofereça com responsabilidade a ação penal. Porém, não afasta que outras agências estatais forneçam tais elementos (como os órgãos de fiscalização tributária, ambiental, consumerista, bursátil e outros) e mesmo particulares, por meio de *notitia criminis* instruídas com provas. Ademais, permite que o órgão responsável pela persecução penal, o Ministério Público, possa, de ofício, praticar atos de investigação, nos casos em que entender que a polícia não pode, não quer ou não consegue investigar, segundo seu poder discricionário de avaliação decorrente da função político-criminal de promover a ação penal. Em outras palavras, é o Ministério Público quem verifica se acha produtiva ou não a concorrência colaborativa de seu auxiliar, que é a Polícia Judiciária.

O objetivo do Ministério Público não é transmudar-se em polícia, mas tão somente o de poder cumprir, com a melhor eficiência e responsabilidade possível, o pesado ônus que a Constituição lhe impôs, o de capitanear a persecução penal no Brasil.

Vale dizer ainda, que a investigação feita pelo Ministério Público não constitui uma invasão sem regras do Estado na vida do cidadão. O Ministério Público não se tornará uma super-[parte](#)¹⁰, mesmo porque, como visto, não é parte no sentido estrito da palavra, mas participante do processo penal, que deve atuar objetivamente, em favor do que é justo.

Mesmo na investigação realizada diretamente pelo Ministério Público, o Poder Judiciário exerce fundamental papel para as garantias do investigado, sendo que caso qualquer dos direitos e garantias constantes do extenso rol constitucional for ameaçado tem o cidadão a possibilidade de buscar proteção judicial. É fundamental que o Juiz exerça na fase investigatória o papel de supervisor desses direitos e garantias, tanto na investigação policial, quanto ministerial. Além disso, toda a diligência que o Ministério Público tenha que realizar que se inclua na denominada cláusula de reserva jurisdicional, evidentemente, deverá ele postular em juízo tais medidas, como a busca e apreensão, a interceptação telefônica e a prisão cautelar de investigados.

Diante de tudo o que foi dito, é possível concluir que o Ministério Público é, em última análise, o titular da prerrogativa de investigar, pois decorrente da sua função de titular da persecução penal, sendo que a Polícia Judiciária exerce relevante papel de auxiliar do Ministério Público na fase pré-processual, que tem como finalidade primordial fornecer ao órgão de acusação elementos informativos investigatórios para que possa realizar com responsabilidade a *opinio delicti*.

Qualquer forma de restrição dessa prerrogativa constitucional do Ministério Público constitui clara inconstitucionalidade, por violação ao princípio do devido processo legal, por violação ao princípio acusatório e ao princípio de freios e contrapesos (já que nesse caso haveria uma verdadeira hegemonia do executivo), bem como por violar as prerrogativas ministeriais que são consequência lógica de suas atribuições constitucionais, como protetor da ordem jurídica, dos direitos individuais indisponíveis, difusos e coletivos protegidos pelos tipos penais, assim como da sua função de titular privativo da ação penal pública, sendo que a polícia judiciária é auxiliar do Ministério Público e tem dependência funcional deste no exercício da função investigatória, devendo seguir as suas orientações no sentido de buscar elementos probatórios para formação da *opinio delicti*, quando o Ministério Público não esteja diretamente investigando.

Como conclusão, afirma-se que, na arquitetura funcional de nosso sistema processual penal, a Polícia Judiciária apresenta-se como auxiliar do Ministério Público na fase de investigação, sendo que este é, em última análise, o titular de tal prerrogativa, decorrente de sua posição de protagonista da persecução penal no Brasil.

Bibliografia

- ARCINIEGAS MARTÍNEZ, Guillmermo Augusto. Policía judicial y sistema acusatorio. Bogotá, Ed. Nueva Jurídica, 2007
- BEULKE, Werner. Strafprozessrecht. Heidelberg, C.F. Müller, 2006,
- BLÁZQUEZ GONZÁLEZ, Félix. La Policía Judicial, Madrid, Tecnos, 1998
- BOLDT in LISKEN/DENNIGER. Handbuch des Polizeirechts, 3a ed
- CHAMBON, Pierre. Droit et pratique de l'instruction préparatoire. Paris, Dalloz, 2007
- CUNHA, José Manuel Damião da. O Ministério Público e os Órgãos de Polícia Criminal no novo Código de Processo Penal. Porto, 1993
- Eb. Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 1965, 3a ed
- GARUTI, Giulio. Indagini preliminari e udienza preliminare. Spangher, Giorgio [Hrsg.]: Trattato di procedura penale. Torino, UTET, 2009, vol. 3
- GONZÁLEZ NAVARRO, Antonio Luis. La policia judicial en el sistema penal acusatorio.

Bogotá, Leyer, 2009

HORVITZ LENNON, María Inés. Derecho procesal penal chileno. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2002

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Tratado de derecho procesal penal. Cizur Menor, Thomson/Aranzadi, 2007

MORAES, Bismael Batista de. Direito e polícia. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1986

NOGUEIRA, Aberto Pinto e Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial de Porto. Código de processo penal. Coimbra, Coimbra Ed., 2009

PERÉZ SARMIENTO, Eric Lorenzo. Fundamentos del Sistema Acusatorio de Enjuiciamiento Penal. Temis, Colômbia, 2005

PERÓN, Walter; LÓPEZ-BARAJAS, Inmaculada. El Ministerio Fiscal como Director de la Investigación en el Proceso Penal alemán, in Ambos, Kai [Hrsg.]: Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania. - Bogota : Temis, 2012

QUERALT, Joan Josep. Introducción a la Policía Judicial. 3a ed. Bosch, Barcelona, 1999

ROXIN, Claus. Zur Rechtstellung der Staatsanwaltschaft Damals und Heute. Deutsche Richter Zeitung (DRiz), 1997

ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal, 25a ed. alemana, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000

RÜPING, Hinrich. Verhältnis von Staatsanwaltschaft und Polizei. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 95, 1983,

Rüping, Grundriß der Strafrechtsgeschichte, 1998, 3a ed.

SANDERS, Andrew; YOUNG, Richard. Criminal Justice, Oxford, 3a ed., 2007

SCHÜNEMANN, Bernd. Obras. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2009, vol. 2

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Comentarios a la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal. Valencia, Tirant lo Blanch, 1992

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Fundamentos del Sistema Penal, 2ª. Ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2011

VOLK, Klaus: Grundkurs StPO. - München: Beck, 2008

[1](#) Doutorando em Ciências Jurídicas e Políticas pela Universidad Pablo de Olavide/Espanha, mestre em Criminología y Ciencias Forenses pela mesma Instituição. É especialista em Direito Constitucional e Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná.

[2](#) Ainda que não seja ele puro. SCHÜNEMANN, Bernd. Obras. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2009, vol. 2, p. 453. Por isso se deve tomar bastante cuidado na adoção irrefletida de institutos processuais dos Estados Unidos e Inglaterra, cujo sistema é bastante distinto do nosso. Isso porque, o sistema brasileiro, assim como o alemão, não adotou um processo de partes, em que cada uma delas dispõe dos interesses em jogo do modo que melhores lhes aprouver. Afinal, conforme afirma Roxin, “o Ministério Público não é ‘parte’. Por isso não tem que reunir, unilateralmente, material de prova contra o imputado, mas sim ‘deve investigar também as circunstâncias que sirvam a favor do imputado (§ 160, II); do contrário seria irreconciliável com sua obrigação para a verdade e a justiça. Por isso mesmo, pode interpor recursos também a favor do acusado (§ 296, II) e revisão com o objetivo de conseguir a absolvição de um condenado (§§ 364 e 301). Inclusive, é dever do Ministério Público proceder dessa maneira, pois somente assim poderá lograr uma decisão correta.” ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal, 25ª ed. alemana, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 53.

[3](#) Vale ressaltar que essa função de auxiliar remonta, inclusive, à sua origem. A Polícia Judiciária exercia função delegada do Poder Judiciário, que, à época, era o titular do poder de investigação (titularidade essa atualmente gritantemente incompatível com o princípio acusatório e com a necessidade de um Poder Judiciário imparcial). Tanto os chefes de polícia quanto os delegados (ou seja, aqueles que exerciam por delegação tais funções judiciais), exerciam a investigação como auxiliares do Poder Judiciário. Vide a respeito a Lei n. 261/1841. Veja-se que esse modelo, assim como o modelo português da época, tinha grande influência e semelhanças com a figura do Juge d’Instruction criado na França em 1808.

[4](#) Conforme afirma VOLK: “A maioria dos policiais são, ao mesmo tempo, também ‘funcionários de investigação do Ministério

Público' (nomeadamente sargento para cima). Com isso, o Ministério Público poderá, direta e imediatamente, com uma 'ordem' dirigir-se à polícia." VOLK, Klaus: Grundkurs StPO. - München : Beck, 2008, p. 28. BEULKE, por exemplo denomina o capítulo a respeito da polícia em seu curso de processo penal da seguinte forma: "A Polícia como auxiliar do Ministério Público." (BEULKE, Werner. Strafprozessrecht. Heidelberg, C.F. Müller, 2006, p. 62) e não é o único, justamente por conta de que a função investigativa da polícia vincula-se à busca de elementos probatórios para subsidiar a atuação do Ministério Público.

- 5 Assim, é o Ministério Público quem deve renovar o prazo para encerramento do inquérito (CPP, art. 10, § 3º) e este deve ser remetido diretamente ao Ministério Público (CPP, art. 23), conforme já vem sendo feito em vários estados da federação, como, por exemplo, no Estado do Paraná (Código de Normas da CGJ: "6.2.8 - Nos demais casos e com relação aos inquéritos distribuídos a partir de 02.05.2007, a escrivania fará "remessa" dos autos de inquérito à promotoria de justiça com atribuição para atuar no feito, independentemente de despacho judicial, anotando a data da "remessa".") (...) "6.2.8.3 Não há necessidade de pronunciamento do juiz na baixa de inquéritos policiais à Delegacia de Polícia, cabendo ao Ministério Público o controle do prazo concedido, para os fins do art. 129, VII, da CF."). Nesse sentido, também, são as propostas do anteprojeto do Código de Processo Penal: "Art. 32. O inquérito policial deve ser concluído no prazo de 90 (noventa) dias, estando o investigado solto. §1º Decorrido o prazo previsto no caput deste artigo sem que a investigação tenha sido concluída, os autos do inquérito serão encaminhados ao Ministério Público, com proposta de renovação do prazo e as razões da autoridade policial. (...) Art. 33. Os elementos informativos da investigação deverão ser colhidos na medida necessária à formação do convencimento do Ministério Público sobre a viabilidade da acusação, bem como à efetivação de medidas cautelares, pessoais ou reais, a serem decretadas pelo juiz das garantias. Art. 34. Concluídas as investigações, em relatório sumário e fundamentado, com as observações que entender pertinentes, a autoridade policial remeterá os autos do inquérito ao Ministério Público, adotando, ainda, as providências necessárias ao registro de estatística criminal."
- 6 Nesse sentido vem decidindo o Supremo Tribunal Federal: "O inquérito policial qualifica-se como procedimento administrativo, de caráter pré-processual, ordinariamente vocacionado a subsidiar, nos casos de infrações persecutíveis mediante ação penal de iniciativa pública, a atuação persecutória do Ministério Público, que é o verdadeiro destinatário dos elementos que compõem a 'informatio delicti'. Precedentes." (STF - HC 90099, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 27/10/2009, DJe-228 DIVULG 03-12-2009 PUBLIC 04-12-2009 EMENT VOL-02385-03 PP-00472).
- 7 "Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas."
- 8 Sobre o tema veja-se BLÁZQUEZ GONZÁLEZ, Félix. La Policía Judicial, Madrid, Tecnos, 1998, pp. 106-116. QUERALT, Joan Josep. Introducción a la Policía Judicial. 3a ed. Bosch, Barcelona, 1999, pp. 21-28. SCHÜNEMANN, Bernd. Obras. Op. Cit., pp. 458-459.
- 9 Com a mesma opinião GONZÁLES NAVARRO: "Se o Ministério Público (...) não tem a potestade de dar diretrizes a atividade da polícia judicial e instruções precisas sobre os casos específicos, se corre o risco de que a polícia determine sua própria polícia criminal e condicione a seus próprios interesses ou interesses estranhos ao exercício da ação penal. Ou Ministério Público controla a atividade da polícia judicial ou a polícia judicial controla boa parte da atividade do Ministério Público." GONZÁLES NAVARRO, Antonio Luis. La policia judicial en el sistema penal acusatorio. Bogotá, Leyer, 2009, p. 53.
- 10 Mesmo porque, o Ministério Público exerce a função de fiscal da lei. Ademais, o fato de o Ministério Público ser o coordenador da investigação "(...) não implica de modo algum em restrição à defesa de garantias e direitos fundamentais. Ademais, a investigação não quer dizer que o Ministério Público assumam plenas competências, sendo que a adoção de determinadas medidas segue correspondendo a um juiz. Isso sim, ditas medidas exigem o respeito ao princípio acusatório e do contraditório. Dito de outra forma, petição da parte e possibilidade de "discutir a pertinência e a proporcionalidade da medida solicitada antes que se resolva a mesma. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Tratado de derecho procesal penal. Cizur Menor, Thomson/Aranzadi, 2007, p. 542.

A necessidade da produção antecipada de provas nos crime de abusos sexuais contra crianças: um novo paradigma de atuação do Ministério Público Criminal.

Rosemary Souto Maior de Almeida*¹

1. Introdução

O sentimento de infância não foi o mesmo na evolução da sociedade durante a Idade Antiga, Medieval, Moderna e Contemporânea. “Aquela **“criatura pequenina”** desde a sua mais terna idade até completar os ciclos da infância nem sempre foi vislumbrada como um ser humano pleno. O desenvolvimento da cultura, do progresso social e até do pensamento filosófico não reservava qualquer importância à criança. Um ser que não era visto em sua essência e, na maioria das vezes, era relegado à sua própria sorte e até entregue a pessoas escolhidas para cuidar da forma que melhor desejasse. O próprio ROSSEAU, autor do *Contrato Social*, abandonou sua criança em uma unidade interna, sem acompanhar o seu desenvolvimento e somente na velhice a consciência ficou carregada de remorso, contudo o mal já havia se consumado. Muitos outros pais adotaram conduta semelhante.

Na idade antiga as crianças eram tratadas como “cobaias”, quando usadas para se certificar se uma epidemia já fora sido extinta, porque a vida e o desenvolvimento de uma criança não tinham a menor importância. Sendo assim, as mesmas sofriam toda a sorte de maus tratos e negligência, o que levava à morte de inúmeras crianças sem concluir a primeira infância. Antes do Século XVI, não se cogitava uma idéia de infância, logo, essas criaturas humanas sofreram durante séculos e pode-se dizer, com todas as letras que durante todo esse tempo as crianças eram **invisíveis**. Muitas consequências desse período histórico são identificadas até hoje, porque muitos adultos, ainda, enxergam seus filhos ou enteados crianças ou próximas como *“propriedades”* deles, podendo fazer com elas o que quiser, pelo seu livre arbítrio.

Como bem preleciona ARIÉS, o primeiro sentimento de infância surgiu das *“criancinhas pequenas”*, **no seio familiar**, tendo visibilidade através de vestuários, pinturas, esculturas ou cartas de pintores ou escultores, quando se referiam a seus filhos crianças, era vista a título de **“paparicação”**, sinais ou situações engraçadas e divertidas desses pequenos. O segundo teria surgido ao contrário, ou seja, **“uma fonte exterior à família: dos Eclesiásticos ou dos Homens da Lei, raros até o século XVI, e, de um maior número de moralistas no século XVII, preocupados com a disciplina e a Racionalidade dos costumes. Esses moralistas haviam-se tornado sensíveis ao fenômeno negligenciado da infância, mas recusavam-se a considerar as crianças como brinquedos encantadores, pois viam nelas frágeis crianças de Deus que era preciso ao mesmo tempo preservar e disciplinar. Esse sentimento, por sua vez, passou para a vida familiar”**.²

A família passou a reproduzir tais preocupações e a partir do século XVIII foi acrescentada outra variante: a preocupação com o asseio e a saúde física das crianças. Nos séculos XIX e

XX com a adoção de cuidados na alimentação, na manipulação de objetos e o desenvolvimento das vacinas, a mortalidade infantil diminuiu, consideravelmente, já que no século XVII o cuidado com o corpo se restringiu apenas aos doentes, pois os saudáveis eram entregues ao seu próprio destino, pois prevalecia exclusivamente o objetivo moral da época: **“Um corpo mal enrijecido inclinava à moleza, à preguiça, à concupiscência, a todos os vícios”**.³

A concupiscência segundo o dicionário de HOUAISS significa: uma conduta lasciva ou luxúria. A luxúria como interesse incansável por prazeres carnis, que visa a desejos sexuais mais fortes e para o prazer daquele que detém o **poder, o agressor adulto**, que se utiliza da criança para satisfação sexual própria.

O incesto, assim como o estupro e outras anomalias sexuais advêm justamente da germinação e proliferação de práticas sexuais envolvendo crianças. Práticas estas, que evoluíram negativamente durante os tempos, e por conseqüência, hoje já se têm uma idéia clara da **“pedofilia”**, uma das facetas do perfil dos agressores com preferências sexuais por crianças.

O grande expoente da Literatura nacional, GRACILIANO RAMOS, nascido em 27/10/1892, lança sua obra **“INFÂNCIA”**, em 1945 sua primeira edição, em 2012 a sua 42ª edição, ilustrando o tempo da disciplina adotada até as últimas conseqüências nas escolas, mediante o uso da **palmatória, no capítulo: Da Criança Infeliz: “A palmatória figurava em nosso código. Nas sabatinas, questões difíceis percorriam as filas – e o aluno que as adivinhava punia os ignorantes. Os amigos da justiça batiam com vigor, dispostos a quebrar munhecas; outros, como eu, surdos aos conselhos do mestre, encostavam de leve o instrumento às palmas. Isto não nos trazia vexame: foi costume até que se usaram cartões relativos às notas boas. Desde então pagamos os nossos enganos com essa moeda, chegamos a emprestá-la a colegas necessitados. Impossível dá-la em troca daqueles sofrimentos diversos dos sofrimentos ordinários. Ninguém se arriscaria a oferecer resgate. Assistíamos a uma pena estranha, infligida sem processo. A acusação se desenvolvera em segredo. No decurso da tortura, o diretor rosnava, e pelo mover dos beijos percebíamos a injúria murmurada no recreio. Não havia defesa. Nenhuma interferência. (...) Em casa, o pai martelava-o sem cessar, inventava suplícios: amordaçava-o, punha-lhe as costas das mãos sobre a mesa da sala de jantar, malhava nas palmas, quase lhe triturava-o as falanges; prendia-lhe os rejeitos, pendurava-o num caibro, deixava-o de cabeça para baixo, como carneiro em matadouro. Fatigando-se das inovações, recorria às sevícias habituais: murros e açoites. O irmão presenciava as cenas aterrado, expandia-se em descrições torvas. E durante semanas o pobre repuxava as mangas, abotoava-se, endireitava a gola, para encobrir equimoses, sinais vermelhos, cinzentos, negros.”**⁴

Todo ser humano que não morreu até os 12(doze) anos incompletos foi criança um dia, entretanto ser criança é totalmente diferente de ter **infância**, porque a vivência de cada uma de *per si* é que será positiva ou não. Infância é ter histórias para contar, brincar bastante, ter se machucado várias vezes nas brincadeiras, é ter amiguinhos, família presente, harmoniosa e amorosa; casa da vovó, muita risada o tempo todo. A poesia de Carlos Drummond de Andrade e a música de Toquinho ilustram bem experiências de infância feliz.⁵ A música de Toquinho representa a infância na cidade e diz **“É bom ser criança”**.⁶

Aquelas crianças pobres, carentes, que precisam trabalhar logo cedo para se sustentar, ou são vítimas pequeninas de negligência, agressões físicas ou fatal, psicológicas ou sexuais, tiveram infância? O filme CRIANÇAS INVISÍVEIS retrata todas as facetas da violência empregada contra essas criancinhas.⁷

Os psicólogos, educadores e sociólogos da envergadura de Bernard Charlot (1986); François Dubet (1997) e L.Vygotsky (1998), respectivamente, contribuíram de forma decisiva no entendimento da psicopedagogia contemporânea.⁸

No Brasil, a 6ª edição da obra **Infância e Violência Doméstica: fronteiras do conhecimento**, uma das organizadoras – Profª. Drª. Maria Amélia Azevedo traz, na sua apresentação, um chamado a reflexão, endereçado a todos os profissionais que lidam com a infância neste país: “**A explicação para o fato da VDCA continuar sua perspectiva de desafio em termos de políticas públicas ditas de promoção e proteção da infância só pode estar na “síndrome de Orwell”, ou seja, na cegueira ideológica que impede de se enxergar o óbvio: a violação dos direitos da infância serve a um projeto implícito de preservação dos padrões adultocêntricos e falocêntricos, característicos da cultura brasileira e sustentáculo de instituições tais como família, escola, igreja, trabalho, etc. Para combater essa síndrome perversa, nós, profissionais universitários, só temos uma arma: a da palavra com que se pode construir escritos indignados tais como estes que são oferecidos agora ao leitor brasileiro. Só resta esperar que a mensagem neles implícita frutifique e que não tenham sido um triste exercício de escrever na água...**”⁹

Os abusos sexuais contra crianças e adolescentes são na verdade uma apavorante realidade que exige um novo olhar e uma nova forma de intervenção nossa. Único meio exitoso para que essas crianças não continuem a serem destruídas totalmente e muito mais do que isso, **revitimizadas, sendo nós os algozes, quando “permitimos” que elas sejam ouvidas mais de uma vez, cujos relatos são verdadeiras torturas e nós os protagonistas dessa situação jurídica, quando poderíamos aplicar aos casos concretos os Princípios Constitucionais da PRIORIDADE ABSOLUTA e PROTEÇÃO INTEGRAL, bem como outros paradigmas de atuação, como o que é proposto neste trabalho.**

As reflexões do presente mostram a possibilidade de novos paradigmas na construção da própria identidade do Ministério Público Nacional. Procuraremos trazer à baila argumentos de ordem jurídica, mas também, de humanidade, sensibilidade, amor, esperança, trabalho e muitas outras variantes, às quais somos devedores **a essas criaturas humanas de grande valor, na construção de uma sociedade pacífica, solidária, igual, justa e feliz.**

Os abusos sexuais de crianças é um problema da família e de todos, e, como tal precisam ser vistos. “*Por acontecer dentro de casa, longe dos olhos da maioria das pessoas e do alcance das políticas públicas, os casos de violência sexual doméstica correm o risco de permanecer na sombra, numa zona escura capaz de corroer a estrutura familiar e também a vida de seus membros. Segundo especialistas no assunto, a solução do problema passa por um comprometimento geral no sentido de trazê-lo à tona e fazer com que seja discutido e combatido por todos os setores da sociedade*”.¹⁰

Milhares de crianças foram e são vítimas de abusos sexuais no âmbito doméstico e fora dele, considerado pela OMS (Organização Mundial de Saúde) um dos grandes problemas de saúde pública do planeta Terra.

No Brasil, os marcos históricos, que definiram a proteção à infância, foi a Constituição

Federal de 05/10/1988 e, depois o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8069/90), que em breve contará com vinte e três anos de vigência.

2. Violência Sexual contra Crianças na Família

Todos podem ter uma idéia do que pode ser um “**abuso sexual**”, como manifestação da violência sexual contra crianças, já que o termo é muito expressivo. Contudo, a identificação em uma situação concreta de relacionamento interpessoal entre um adulto e uma criança como sendo ou não um abuso sexual, pode gerar dúvidas e controvérsias. Porque elucidar em que consiste e quais os efeitos de um abuso sexual é *bastante difícil*, principalmente, se a visão do caso não for percebida na multidisciplinaridade e interdisciplinaridade, em que os fundamentos da Psicologia imprimem um conjunto de argumentos, que precisam ser compreendidos, inclusive, por Promotores de Justiça na área criminal. Especialmente, aqueles que atuam em Varas de crimes contra crianças e adolescentes (VCCA).

A dissertação de Mestrado de Carla Julia Faiman nos oferece uma construção de pensamentos, cuja definição do abuso sexual seria *”todo relacionamento interpessoal no qual a sexualidade é veiculada sem o consentimento válido de uma das pessoas envolvidas (definição adotada pelo Ceará). Quando se verifica a presença de violência física, o reconhecimento do abuso pode ser mais claro, pela objetividade dos fatos, que indicam que o abusador fez uso de força para vencer a resistência imposta pela vítima. No entanto, não há uma relação direta entre presença de violência física e abuso sexual. (...) E, de outro lado, o abuso pode prescindir desse tipo de violência, o que pode dificultar seu reconhecimento. Há situações, certamente abusivas, nas quais não se constata qualquer sinal de resistência à aproximação sexual por nenhuma das pessoas envolvidas. Há um aparente consentimento entre elas. Nesses casos, como reconhecer se se trata de abuso ou não? O que define o caráter abusivo em um relacionamento? O que ocorre com a vítima que a impede de se defender”*.¹¹

No caso, a vítima é determinada, são crianças que se encontram em assimetria quanto ao poder no relacionamento, o agressor é o pai, padrasto, companheiro ou namorado da genitora e o cenário de terror, na maioria das vezes é a casa da família, “**asilo inviolável**” de todos os cidadãos. As ameaças, o medo e, constrangimento, pressões que vulnerabiliza a vítima criança, a ponto de imobilizá-la, fazendo ceder e como consequência, perpetrados às escondidas, sem “platéia”, o silêncio é a imposição que fica. Outras vezes, a criança é seduzida, envolvida pelo adulto, mediante gesto carregado de sexualidade, despertando na criança sensações e fantasias de caráter erótico, que impedem a resistência e o contato sexual é feito, no qual a erotização é o próprio abuso. A criança é estimulada e sem qualquer discernimento e maturidade daquela experiência prematura e nociva, cujo vínculo consiste no próprio abuso. Por outro lado, um carinho gera um conflito na cabecinha da criança, sem qualquer reação é levada a ser abusada sem qualquer ameaça feita contra ela, gerando uma confusão nos seus próprios sentimentos, quando se trata a relação pai e filha ou pai e filho. A criança, por exemplo, não consegue associar que seu pai, sua mãe ou outra pessoa próxima estaria fazendo um mal tão grande, **violando a sua dignidade sexual**. Uma violência sutil e desidiosa que é feita por iniciativa daqueles que, paradoxalmente têm o dever de proteger e salvaguardar de toda a sorte de abusos e garantir respeito “**a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento**” (art. 227 da C.F).

O conceito de sexualidade mudou e muitos adultos, em pleno século XXI, ainda, não se deram conta. Mitos e preconceitos, tais como da “**Lolita**” (irresistível), da “**diabinha**” (safadinha) continuam a justificar comportamentos criminosos, não obstante pautados no Código Penal Brasileiro, com penas mais severas, prática na sua maioria reiterada e com conivência da própria genitora da criança vítima, onde todos moram como uma família. A Lei do Silêncio, ainda impera, mas o **Disque 100** tem trazido à realidade denúncias, que antes ficavam adstritas ao segredo eterno.

A Psicologia do Desenvolvimento Humano e suas Teorias ao longo do tempo pontuam vários estágios de desenvolvimento do ser humano, desde o óvulo materno que é fecundado pelo espermatozóide paterno, que forma uma célula única, a qual imediatamente começa a subdividir-se num processo contínuo e dinâmico, convertendo-se em parcelas dos vários sistemas do corpo. **“Embora se trate da mesma espécie, os seres humanos diferem em seu patrimônio hereditário e nas influências do ambiente onde se desenvolvem daí as diferenças individuais e a complexidade do comportamento humano. Assim importa destacar os prejuízos que podem advir das crenças do senso comum sobre o processo do desenvolvimento humano com o qual todos convivem e, muitas vezes, emitem noções advindas da sabedoria popular, desprovida de bases científicas. (...) Na infância e adolescência o ambiente oferece atividades para as experiências sociais, como selecionar o que gosta ou não gosta nas pessoas com quem convive, bem como nas obrigações e expectativas em relação aos outros. (...) O ambiente familiar é o causador da maioria dos temores ou problemas de medo, como a superproteção, a ansiedade, a rejeição, a preocupação exagerada dos pais, ameaças etc. O medo de escuro é o mais frequente nos primeiros anos, podendo iniciar-se por experiências traumáticas, por ouvir falar do escuro como castigo; para criação de fantasias por sentirem-se sozinhas no momento de dormir ou até pela reprovação dos pais por sentirem medo do escuro. (...) Em geral, a fobia infantil se estabelece em relação a um objeto específico ou a uma situação, após ter experimentado um ataque de ansiedade relacionado com o objeto ou a situação”.** [12](#)

O conceito de abuso sexual é amplo e complexo, envolve várias vertentes. As definições se deparam com vários critérios, sendo divergentes, entre si; aquelas oriundas dos profissionais de saúde são mais amplas que as definições legais. As manifestações dos abusos se iniciam por uma relação de **desigualdade e poder entre uma pessoa com maior habilidade para manipular a outra, que não se encontra no mesmo nível. A conduta sexual entre um adulto e uma criança é sempre inapropriada. Outros aspectos de coação (uso da força física, pressão psicológica e ameaça), uma verdadeira assimetria de idade, chegando, na maioria das vezes, a um pacto secreto, sempre com abuso de confiança (jogos, presentes etc.). Os abusos sexuais mais comuns são os contatos sexuais oral, anal, genital, exibicionismo, o voyeurismo ou a utilização da criança para a produção de pornografia. O consenso básico entre os critérios são os pressupostos: relação de desigualdade e poder do adulto (agressor) e vítima, onde a criança é objeto sexual. Neste particular, qualquer utilização da vítima criança pelo adulto agressor, sempre com intuito de provocar a estimulação sexual do agressor ou outra pessoa. Os elementos aqui suscitados se encontram na definição proposta pelo “*National Center of Child Abuse and Neglect em 1978. Según este centro, se da abuso sexual “ em los contactos e interacciones entre un niño y um adulto, cuando el adulto(agressor) usa al niño para estimularse***

*sexualmente él mismo, al niño o a outra persona. El abuso sexual puede ser cometido por una persona menor de 18 años, cuando ésta ES significativamente mayor que el niño (La víctima) o cuando está (el agresor) em uma posición de poder o control sobre outro menor".*¹³

Não é fácil determinar a incidência real do abuso sexual contra a criança como prova: **“porque ocurre habitualmente em um entorno privado – la familia – y los menores pueden sentirse impotentes para revelar el abuso (Noguerol,1997). Por outro lado, lãs discrepancias entre los distintos estúdios derivan de la utilización de conceptos divergentes (fundamentalmente ,em relación com los hechos considerados) y de la variación em los procedimientos de recogida de información utilizados, así como em lãs características de las muestras estudiadas (Garrido et al, 1999)”.**¹⁴

A família é o maior cenário dos abusos sexuais empregados contra crianças, como grupo de socialização primária é o ponto de partida que *“constrói laços, a partir da convivência entre todos os membros, capazes de unir membros durante uma vida e por várias gerações. Nessa visão de laços vinculares, o presente estudo pode contribuir para descortinar as diferentes faces tingidas pelo sofrimento oculto, vergonha, culpa, constrangimento, a impotência da vítima frente às ameaças do perpetrador, o medo de dissolução da família, entre outros sentimentos que vão se configurando de maneira, às vezes, ambígua e paradoxal, permitindo, inclusive, a tolerância da violência como uma forma de manutenção desse vínculo familiar”.*¹⁵

Como cada criança é única no universo, cada uma terá uma resposta individual aos abusos sexuais sofridos. A vítima criança pode ficar mais retraída, com dificuldades de brincar com outras crianças, isolar-se e até ter distúrbios do sono e outros transtornos, dependendo se está ou não em idade escolar. A criança em idade escolar pode apresentar menor rendimento na sua aprendizagem, tristeza, se recusar a brincar no recreio ou até ficar agressiva no relacionamento interpessoal com a professora ou com os colegas de turma. Até problemas com droga e fugir de casa como evidência de que não consegue mais viver com a família e conviver com aquele **“segredo”**, conhecida como a **“síndrome de adaptação da criança ao abuso sexual intra familiar”**.

A proporção dos efeitos que cada criança vítima teve ou terá equivale ao dito por uma vítima de abusos sexuais em plena audiência: **“eu procuro me distrair, mas nunca vou conseguir esquecer o que meu padrasto fez comigo, a ponto de hoje odeio os homens e me identifico mais com as meninas”**. Outra criança vítima, que só foi ouvida em juízo na adolescência se manifestou dizendo ter encontrado na droga uma forma de lidar com o acontecido.

O mal é tão nefasto, que em tese seria humanamente ilógico não ser punido pelo Estado Juiz. O crime é cruel, covarde e sem qualquer razoabilidade. Um adulto tem opções de satisfazer suas necessidades sexuais com pessoas adultas. Toda criança merece respeito, atenção, carinho e, sobretudo amor.

O abuso sexual na infância é na verdade **uma violência obscura**, um trauma de grande impacto. *”Desequilibra o desenvolvimento normal da personalidade, comprometendo as funções do ego ao nível afetivo, comportamental e nas inter-relações”.*¹⁶

A violência intrafamiliar contra criança tem sido um tema constante das análises contemporâneas, embora não seja um fenômeno recente. O que é recente, como bem

preleciona Patrícia Rangel em seu livro, "é a concepção de criança como pessoa em desenvolvimento, sujeito de direitos que devem ser oponíveis, inclusive, aos de seus pais. Essa concepção, que lentamente vem se estranhando nas brechas de arraigados hábitos, tenta desmontar o antigo conceito de pátrio-poder, que dá aos pais o poder de decisão sobre a vida dos filhos – transformando-o em algo mais próximo do "pátrio-dever", termo que reflete um novo enfoque da relação pai-filho, onde é dada maior ênfase aos interesses da criança e ao seu bem-estar, e, não aos interesses e poderes dos pais".¹⁷

Nosso trabalho propõe um novo olhar, principalmente porque a criança é um ser humano em condição peculiar de desenvolvimento, e como tal precisa ser vislumbrada, em uma **visão holística da criatura humana em que cada uma das áreas, biopsicossocioespiritual, precisa e deve ser atendida para atingir uma saúde perfeita.** No aspecto biológico, os cuidados com o físico, conhecer o corpo e cuidar bem dele, mesmo quando os abusos sexuais causarem malefícios a saúde física. Na faceta psicológica, receber atenção dos profissionais de saúde na prevenção e até após a consumação dos abusos sexuais, mediante perícias bem executadas e assistência de um psicólogo. Como cidadão, receber todo o apoio Estatal, por meio de medidas de proteção na família, na escola e nos demais grupos sociais, dos quais participe. Na espiritualidade, pontuar, que embora não se tratando de Crianças Índigo ou Cristal, carecem de amor e de serem compreendidas e não recriminadas pelos abusos sexuais sofridos. A fim de que vítimas tão pequenas tenham condições de superar os traumas produzidos por tais abusos.

Rui Do Carmo, no âmbito da matéria sobre o Abuso Sexual de Menores - Uma conversa sobre Justiça entre o Direito e a Psicologia -, assim se manifestou: "No fundo, precisamos saber mais sobre o abuso sexual do que aquilo que diz a lei penal, para que sejamos capazes de aplicar corretamente. Até para que, na análise de cada situação concreta, se percorra o correcto caminho, que consiste em partir dos factos para a sua caracterização jurídica, e se evite a tentação de interpretar os factos já à luz do rótulo (da expressão "interdita") de abuso Sexual". Por outro lado, Isabel Alberto na conversa aludida assim se pronunciou: "O abuso sexual de menores é uma forma de maltrato infantil, que abraça várias dimensões: médica, social, legal e psicológica. Se, numa abordagem, parece ser claro o que se considera abuso sexual, a definição mais objectiva levanta questões de unanimidade e universalidade. Não há uma concepção de abuso sexual, mas várias concepções, que partem dos contextos socioculturais dos grupos em que se definem e que podem incluir desde as caricias ao acto sexual com penetração, passando pela exibição de pornografia. Se, na nossa cultura, determinadas relações entre adultos e crianças são aceites como claramente abusivas na dimensão sexual, como é o coito, outras há em que a fronteira que delimita a "relação normal" da "abusiva" se torna problemática de estabelecer, como é o caso das caricias e do contato corporal entre adulto e criança (Furniss, 1992; Gelinias, 1983; Giarretto, 1982). Por estes mesmos factores, ainda actualmente se torna muito difícil identificar o abuso sexual quando o agressor é do sexo feminino, pois é socialmente aceite um maior contacto entre mulheres e crianças, tendo este contacto físico uma conotação mais maternal e carinhosa que sexual, ao contrario do que se define quando o adulto é do sexo masculino. (...) Do abuso sexual podem resultar na vitima varias conseqüências, mais ou menos graves, que podem desde a ansiedade até à PTSD, passando pela depressão, baixa auto-estima, disfunções sexuais, doenças sexualmente transmissíveis (DST), sentimento de culpa, problemas de comportamento, dificuldades na área escolar e gravidez, entre outros.

(...) *A criança e o adolescente transportam uma susceptibilidade maior às situações de maltrato, que advém da dimensão sócio-cultural que lhe atribui um estatuto de “não competente” para decidir da sua vida, seja qual for a situação, e um papel de submissão à figura de autoridade e de competência do adulto, “agravada” pelo ainda curto percurso de desenvolvimento, que se caracteriza por um conjunto menos elaborado e completo de estratégias para lidar com situações nocivas para a sua integridade física e psicológica. Dai que a sociedade deva assegurar de forma particular, as condições de desenvolvimento e os direitos inerentes a estas faixas etárias, nomeadamente o direito à dignidade, à segurança e, porque não, à felicidade”.* [18](#)

3. A Criança como Sujeito de Direito na Sociedade Contemporânea Impõe Novas Estratégias de Ação

É inegável que as crianças são sujeitos de direitos e portadores de cidadania plena, não são objetos dos adultos, como no passado. Pelo contrário, por garantia constitucional, gozam de **PRIORIDADE ABSOLUTA** e **PROTEÇÃO INTEGRAL**.

Na violação da sua dignidade sexual, bem como outras violações de direitos à saúde, à educação e outros, precisam ser vistas como sujeitos, como vítimas de abusos sexuais. Essas crianças sofrem e carecem de **uma ação afirmativa** de maior articulação dos profissionais que lidam com a matéria. Um novo pensar diante dos desafios em rede, através de um investimento permanente no diálogo do agir além da ótica exclusiva de uma profissão. Todos os protagonistas, tais como: Assistentes Sociais, Psicólogos, Médicos, Pedagogos, Psicopedagogos etc., além dos órgãos formais de segurança pública: Delegados, Policiais Civis e Militares, Juízes, Promotores de Justiça, articulando a reflexão de cada um *de per si* e todos entre si, conhecer uns aos outros: *“é necessário conhecer os outros, apresentar-nos a eles, aprender com eles e ensinar-lhes o que temos acumulado. É preciso articular nossa reflexão e nossa prática com outras categorias profissionais, conhecer suas estratégias, estabelecer alianças, criar vínculos; é preciso sair do nosso nicho profissional e levar em conta que os espaços profissionais são plásticos, movem-se, alteram-se, ampliam-se e, também, definham se os seus protagonistas não dispõem de inventiva e criatividade. Nesse sentido a interdisciplinaridade exige complementaridade e, não fragmentação das ações, além do reconhecimento dos limites de cada área do conhecimento, humildade intelectual e investimento no exercício do diálogo, em vez do exercício do inquérito”.* [19](#)

A criança tem o direito de ser ouvida sobre os abusos sexuais, dos quais fora vítima. Quando se diz que crianças têm direitos e são portadores de cidadania plena, significa dizer que o ECA (Lei n.º 8069/90) instituiu novos paradigmas em prol da cidadania infanto-juvenil. Em consonância com o Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa dos Direitos de Crianças e Adolescentes à convivência familiar e Comunitária, crianças e adolescentes são sujeitos na medida em que são considerados como *“indivíduos autônomos e íntegros, dotados de personalidade e vontade próprias que, na sua relação com o adulto, não pode, ser tratados como seres passivos, subalternos ou meros “objetos”, devendo participar das decisões que lhes dizem respeito sendo ouvidos e considerados em conformidade com suas capacidades e grau de desenvolvimento”.* Assim, a criança e o adolescente, como sujeitos em condição peculiar de desenvolvimento, necessitam ser devidamente conhecidos e,

compreendidos, e, para tanto, é essencial um entendimento do seu processo de socialização, de suas relações familiares e das influências do meio social em que vivem, enquanto determinantes e condicionantes desse processo peculiar de desenvolvimento. (...) Na relação com adultos/familiares, Estado e sociedade, a criança e o adolescente devem ter garantida a liberdade de opinião e de expressão, considerando as peculiaridades da sua etapa de desenvolvimento e as condições emocionais e sociais decorrentes do momento e da situação vivenciados. Na efetivação “da proteção integral à criança e ao adolescente, e do direito de serem ouvidos, é imprescindível que o direito a falar leve em conta que eles estejam em condições para tal e que desejem fazê-lo. É importante observar que o processo de socialização acontece de diferentes maneiras, influenciado pelos diferentes contextos socioeconômicos, culturais e familiares de crianças e adolescentes. Assim, suas reações a um processo de violência também serão diferentes”.²⁰

O depoimento sem dano ou depoimento acolhedor adotado pelas Varas Especializadas de crimes contra crianças e adolescentes no país, desenvolvido em várias unidades da federação, tem demonstrado que a metodologia empregada é muito útil no cumprimento da prioridade absoluta e proteção integral da criança. Claro, que com os cuidados necessários para não influenciar com perguntas inadequadas, a interlocutora oficial observa e faz uma análise anterior se a criança vítima de abuso sexual se encontra em condição de prestar o depoimento, sem sofrer novas vitimizações. O importante é que o Juiz, o Promotor de Justiça Criminal e o Advogado façam perguntas, garantindo os direitos constitucionais do acusado e do MP (ampla defesa e contraditório). A técnica é normatizada pelo Tribunal de Justiça através de Provimento. Uma ferramenta eficiente para se perquirir a verdade real do processo, pois na realidade são crimes consumados às escondidas e não se tem testemunha ocular. Alguns abusos sexuais não deixam vestígios físicos, embora maculem a inocência e até violem a dignidade sexual da criança, a qual não é vista a olho nu. É necessário conhecer melhor todos os fatos que envolvem a criança vítima de abuso sexual.

Na atualidade, a criança, que já tenha sido entrevistada na delegacia de menores, novamente é ouvida durante a instrução criminal, forçando-a a falar, a se expressar duas ou mais vezes. Dessa forma, o intervalo de tempo entre os dois momentos pode ser muito grande, causando prejuízo, mal estar, bloqueio da memória, sofrimento e a sensação de novamente mexer naquela ferida, aparentemente cicatrizada. Porque aquela vítima desses abusos, que teria sido entrevistada com uma idade de criança na delegacia de menores, em juízo, já é uma adolescente ou uma adulta. Em muitos casos, a adolescente ou a adulta prefere dizer que não lembra mais de nada e alega que faz muito tempo. Na sua maioria esmagadora, a criança na época do evento criminoso não recebeu assistência psicológica ou social nas horas em que mais precisou. Embora os abusos sexuais não sejam privilégios de nenhuma classe social, as vítimas, que denunciam, na sua maioria são as crianças menos favorecidas, porque as vítimas com maior poder aquisitivo recebem presentes ou viagens, inclusive a freqüência em consultórios de Psicólogos particulares, contanto que tudo permaneça como um segredo familiar. E embora, o **processo crime transcorra em segredo de Justiça, os familiares mais favorecidos preferem “abafar o caso”** a levá-los a Juízo.

Diante desse quadro procuramos encontrar alternativas para enfrentamento da questão, que garanta maior celeridade e eficácia ao processo, bem como maior eficiência do trabalho realizado pelo Promotor (a) de Justiça Criminal, na medida em que na prática **os crimes de**

abusos sexuais de crianças cumpram os preceitos da Carta Magna: se tornem prioridade absoluta e garantia da proteção integral em prol da criança vítima e não do acaso ou em favor do agressor pelo decurso do tempo. As vítimas e as testemunhas arroladas não são mais encontradas, beneficiando os agressores e criando um ciclo vicioso de abusos sexuais até com outras crianças daquele núcleo familiar ou em outros locais da Federação.

Os crimes de abusos sexuais têm tido destaque hoje nos meios de comunicação e até nas manifestações culturais. Na cidade do Recife dentro do X Festival de Teatro para crianças de Pernambuco coloca em uma de suas peças: *“O menino da Gaiola”*, que traz à baila a violência familiar e urbana e *“retrata a jornada de um garoto de nove anos chamado Vito. Para onde ele vai carrega uma gaiola e papéis para anotar os sonhos das pessoas. Lê os pedidos, um a um, depois põe a gaiola na janela e abre a portinhola para os sonhos voarem como pássaros. Durante essa jornada, o garoto se confronta com diversos personagens em situações de violência familiar e urbana, uma menina de sete anos que foi vítima de abuso sexual pelo padrasto, e com a poluição dos rios. Depois de cada apresentação, será realizada uma conversa com o público para promover reflexão, compartilhamento e engajamento na luta contra a violência e a favor da integridade das pessoas, e do meio ambiente”*.²¹

As crianças precisam conhecer os abusos sexuais a partir de certa idade, para poder prevenir possíveis abusos, como bem contribui o livro *“ANTONIO”*, que utilizando uma linguagem simbólica consegue oferecer uma mensagem pedagógica e ao mesmo tempo prática, no desenvolvimento humano da criança.”²²

Na verdade todos nós que lidamos com a matéria aqui trabalhada precisamos conhecer e aprofundar os conhecimentos sobre o fenômeno dos abusos sexuais e ao mesmo tempo resgatarmos historicamente o sentido da infância e adotarmos mecanismos mais concretos e eficientes para lidar com a aludida problemática.

Ao trabalhar por mais de vinte e três anos na área, identificamos que o crime de abusos sexuais não é um crime comum. Não pode receber tratamento similar aos demais crimes perpetrados na sociedade contemporânea. O **estudo da vitimologia** é outro aspecto imprescindível para a prestação de um serviço público de qualidade e não só de quantidade. Cada caso é inserido numa vivência familiar diferenciada, aqui não importa se se trata de vítimas pobres ou ricas. O essencial é o olhar e a forma que poderemos avançar nesta questão, minimizando a impunidade e evitando maiores danos aquela criança, haja vista que não é fácil convencer todos os Julgadores para a condenação desses agressores desumanos e cruéis. Quanto mais nos esforçarmos para conhecer a própria infância e juventude, por exemplo, teremos maiores condições de êxito nesta empreitada. Nunca encarar a questão como algo corriqueiro e sim buscarmos sempre força e ânimo para lidar com essas questões, abertos a novas informações sobre o tema. É inegável que muitos de nós não gostamos da matéria, mas alguns terão que exercer esse papel institucional. Propusemos as questões aqui colocadas como um ponto de reflexão para todos e cada um de nós, porque sabemos que a violência sexual pode ter sido visitada, infelizmente, alguns ou muitos de nós, razão pela quais muito profissionais dessa área defendem a existência de **“reticências psicológicas”**.²³

O assunto ainda é tabu para muitas pessoas; para outras, permanece como uma espécie de **“caixa preta”** ou assunto proibido, por ser sofrimento traumatizado e que a própria

memória cuidou de esquecer como forma de defesa.

No Brasil, a ausência de estatísticas sobre esse fenômeno, levou o Juiz – Luiz Rocha a realizar uma pesquisa inédita, divulgada no Fantástico da Rede Globo de televisão e na mídia escrita. O referido Magistrado na época era titular da Segunda Vara dos Crimes Contra Crianças e Adolescentes, da comarca de Recife. A pesquisa foi feita no período de quinze meses, tendo como base um levantamento que aponta a **casa da vítima como o local mais escolhido para a consumação dos crimes de abusos sexuais**. O número de processos julgados foi 427 (quatrocentos e vinte e sete) nos últimos 26 anos de crimes contra garotos e garotas no Recife (**42 % eram crimes sexuais**). Os resultados dos dados são os seguintes: 91% dos acusados conhecem a criança ou adolescente; **Pais, namorados e padrastos aparecem em segundo, terceiro e quarto lugar, respectivamente, na lista que identifica o vínculo entre agressor e vítima (...)**. Em 98 % dos casos, o agressor era homem e, em 89 % dos processos não tinha antecedentes criminais. (...)Um dos resultados que mais impressionou foi à faixa etária predominante dos agressores. Eles têm entre 18 e 25 anos e estão empregados. “Esse dado revela que o perfil majoritário do criminoso é de jovens que trabalham. Não são os idosos desocupados, como é a imagem feita do agressor pela sociedade”, observa o juiz. Em 98% dos casos, o agressor era homem e, em 89% dos processos, não tinha antecedentes criminais.” O que chama a atenção entre as características levantadas é que o criminoso é habilidoso para convencer a criança. Ele não faz uso de arma de fogo para praticar o crime. A arma é a persuasão”, acrescenta o magistrado. Outros dados significativos são que 14 % dos acusados são os pais. A casa dos agressores é o segundo lugar mais utilizado para violência. **”Isso mostra que o acusado tinha acesso à casa da criança ou consegue convencê-la a entrar em sua residência”, alerta o referido.**²⁴

Ficou evidenciado que são os conhecidos, os mais próximos, os maiores algozes de crianças, aqueles que as abusa sexualmente. Porém, um número significativo de vítimas, que foram ouvidas em 2012, na Segunda VCCA do Recife, não revelaram os abusos sofridos às próprias genitoras, porque as mesmas não querem ouvir ou não acreditam; outros parentes, madrinhas ou até vizinhas foram as pessoas que levaram as crianças vítimas a uma delegacia de proteção às crianças e aos adolescentes.

As crianças apresentam sinais de que são abusadas sexualmente. O que acontece na maioria das vezes é que os familiares e até o professor, no caso de crianças em idade escolar, não percebem ou ficam reticentes, opta para não olhar para o problema. A criança apresenta dificuldades para dormir, comer, se concentrar para a realização das tarefas de casa e até um maior isolamento, sem querer brincar ou se relacionar com os coleguinhas. Na escola, a criança pode passar a ser agressiva, hiperativa e com queda de rendimento escolar.

Na perspectiva de que o Órgão Ministerial tem o dever constitucional de priorizar a problemática infantil e até de empregar os instrumentos legais vigentes para proteger essas crianças vítimas, carecemos de uma maior *interface* entre as Promotorias da Infância e Juventude e Promotorias Criminais com atuação no pólo passivo do crime, as crianças e os adolescentes. Porque são muitas vítimas que ficam entregues à sua própria sorte, pois ora os agressores podem permanecer na família e dar continuidade delitiva; ora as crianças vítimas deixam de receber do estado à assistência social, psicológica ou psicopedagógica. Trabalhar em rede significa interagir no âmbito do próprio Ministério Público Social, instrumento de defesa da cidadania de todas as pessoas: crianças, adolescentes, adultos deficientes ou

especiais, idosos etc. Se o Ministério é **ÚNICO e INDIVISÍVEL**, na prática, esse princípio é de difícil efetivação.

O presente trabalho foi imbuído desta concepção ampla de proteção a infância e por não vislumbrar outra maneira de atuar com eficiência, seriedade e celeridade, evitando reiterados abusos sexuais e revitimizações, e, inexistindo no Sistema Jurídico Pátrio impossibilidade legal de propiciar a essas vítimas maior rapidez e uma única vez para ser formalmente ouvida, quando a idade, a condição de desenvolvimento de a criança permitir, é claro. Serão mantidas as garantias constitucionais dos agressores, tais como: A presença de um Defensor Público, de um Juiz e de um Promotor de Justiça na produção de provas, as quais são válidas e importantes para o atual momento de evolução da humanidade. Não podemos mais permitir que esses abusos sexuais continuem a ser apenas noticiados na imprensa escrita e falada, além de seres notificados na Delegacia, apenas esperando a conclusão do inquérito para a feitura da denúncia. Para só a partir daí, iniciar os trabalhos nesta área. Ficou provado que o excesso de burocracia e até de inquéritos policiais intermináveis, prejudicam demais as crianças, quando abusadas. A criança seria ouvida por determinação do próprio Juiz, mediante o depoimento acolhedor, cujo procedimento é objeto de Provimento do Tribunal de Justiça. O que já está sendo feito na 1ª VCCA da comarca do Recife, em casos de crianças abusadas. Todavia, por convencimento próprio, alguns colegas não adotam tal postura porque, ainda, se encontram arraigados aos modelos antigos e têm dificuldade de mudanças, e até por certa acomodação, ou simplesmente por, talvez, comodismo, já que o próprio MP precisa dar sua parcela de contribuição no enfrentamento da problemática, compromisso institucional sobre a matéria e a rede de proteção ficará bastante comprometido neste particular, onde impera a Lei do silêncio. O disque 100 tenha contribuído de maneira significativa para descortinar esses abusos e, conseqüentemente, responsabilizar os seus autores. Até no quesito da igualdade jurídica as crianças ficam prejudicadas, quando os agressores se beneficiam com o **status quo**, quando Advogados procuraram tratar essas vítimas como se eles fossem os próprios agressores dessa violência sexual praticada, uma verdadeira inversão de valores pelo poder do adulto. Por outro lado, nós, Promotores de Justiça, devemos proteger essas vítimas para uma melhor produção de provas. O decurso do tempo, violando o prazo razoável de duração de um processo, que funciona muito bem para os acusados (adultos), quando são réus presos; também, colabora com os agressores na medida em que prejudica a localização de vítimas e testemunhas, porque a maioria desiste de acreditar que é possível se fazer Justiça e combater a IMPUNIDADE DOS ABUSOS SEXUAIS CONTRA CRIANÇAS NO BRASIL.

As crianças “não são bens de consumo, mas seres humanos que merecem amor e cuidados”.²⁵

4. Conclusão

Se a criança foi vítima de abuso sexual, tem sua história para revelar e temos que ouvir, é um direito dela. É uma pessoa em condições peculiares de desenvolvimento físico, psico, social e espiritual, ela é ontologicamente diferente do adulto. Não é igual ao agressor que a molesta e abusa sexualmente para sua satisfação sexual sem limites. O adulto, que tem poder de fato e usa a criança como objeto sexual, sempre às escondidas, **não pode e nem deve ser visto como vítima e sim como agressor, tratado como tal. A vítima por sua vez precisa receber o tratamento de vítima na categoria de maior vulnerabilidade e por**

conclusão, precisa ser ouvida uma única vez, nos casos necessários, observadas as garantias constitucionais, mas, como forma de fazer valer a **prioridade absoluta** e a **proteção legal**, ditames da Constituição Cidadã, evitando assim maiores danos físicos, psíquicos, sociais e espirituais aquele ser humano que sofre e que precisa de ajuda para retomar sua vida, superar seus traumas, recuperar sua capacidade de sonhar e viver com graça e esperança em um futuro melhor e saudável.

Recife, agosto de 2013.

- 1* 43 ^aPromotora de Justiça criminal da capital com atuação na Segunda Vara dos crimes contra crianças e adolescentes.
- 2 História Social da Criança e da Família, Philippe Áries: tradução de Dora Flaksman – 2. Ed.- Rio de Janeiro: LTC, 2011, pg. 104/105.
- 3 Idem, pg.105.
- 4 Infância, Graciliano Ramos, 1892-1953-47^a Ed. revisada – Rio de Janeiro: Record,2012, pg..257/258.
- 5 Infância “**Meu pai montava a cavalo, ia para o campo. Minha mãe ficava sentada cosendo. Meu irmão pequeno dormia. Eu, sozinho menino entre mangueiras, lia a história de Robinson Crusóé, cumprida história que não acaba mais. (...) Lá longe meu pai campeava no mato sem fim da fazenda. E eu não sabia que minha história era mais bonita que a de Robinson Crusóé.**”
- 6 **É bom ser criança. Ter de todos atenção. Da mamãe carinho. Do papai proteção. É tão bom se divertir. E não ter que trabalhar. Só comer, crescer, dormir, brincar. (...) É bom ser criança. Ter amigos de montão. Fazer cross saltando, tirando as rodas do chão. Soltar pipas lá no céu. Deslizar sobre patins. Bem que isso podia nunca mais ter fim.**
- 7 Drama. Diretores Spike Lee, Kátia Lund, Ridley Scott e John Woo. O filme retrata a visão de cada diretor sobre as crianças de seu país, inclusive o Brasil. São histórias que vão te chocar, fazer sorrir e se emocionar. Verdades que são iguais em todos o mundo, mas que alguns preferem não ver.
- 8 **Bernard Charlot**, educador Frances que defende uma que valorize o aluno, suas origens e sua auto-estima para melhorar a relação do estudante com o próprio saber. **François Dubet**, destacado sociólogo Frances que dar ênfase na disciplina conquistada todos os dias mediante regras e combinados no âmbito de um contexto, como se fosse um jogo. **L.Vygotsky**, psicólogo russo que ressalta o papel decisivo da escola no desenvolvimento mental das crianças. Sua teoria é uma das mais estudadas pela pedagogia contemporânea.
- 9 Infância e violência doméstica: fronteiras do conhecimento/ Maria Amélia Azevedo, Viviane N. de A. Guerra, (organizadoras)- 6.ed.- São Paulo:Cortez,2011, pg.15.
- 10 Leirner, Carla, Abuso sexual, pornografia: a infância é a última fronteira da violência, 1 ed. – São Paulo:Editora Terceiro Nome, 2007, pg.37.
- 11 Faiman, Carla Julia Segre, Abuso Sexual em família: a violência do incesto à luz da psicanálise/Carla Júlia Segre Faiman:São Paulo Casa do Psicólogo ,2011,pg. 28.
- 12 Campos, Dinah Martins de Souza, Psicologia e Desenvolvimento Humano. 7^a ed., Petrópolis, RJ: Vozes, 2011,pg.55/99/100.
- 13 Enrique Echeburúa, Cristina Guerricaechevarría, Abuso sexual em La infância: víctimas y agresores.Un enfoque clínico. 1.ed.5 impresión,Ed. Ariel, Barcelona,2009,pg.10/11;
- 14 Idem.pg.12.
- 15 Lima,Clinaura Maria de, Infância Ferida-Os vínculos da criança abusada sexualmente em seus diferentes espaços sociais./1.ed.(ano 2009).1 reimpressão./Curitiba:Juruá,2011,pg.40/41.
- 16 Gauer,Gabriel José Chittó, Filhos & Vitimas do tempo da violência: a família, a criança e o adolescente./Gabriel José Chittó Gauer, Débora Silva Machado./2. Ed./Curitiba: Juruá, 2009, pg.44.
- 17 Rangel, Patrícia Calmon, Abuso Sexual intrafamiliar recorrente./2.ed.(ano 2009), 1.reimpressão./Curitiba:Juruá,2011,pg.29.
- 18 Do Carmo, Rui; Alberto, Isabel; Guerra, Paulo, O abuso sexual de Menores. Uma conversa sobre Justiça entre o Direito e a Psicologia, /2 ed./Coimbra: Almedina, 2006, pg. 30/40/41/42.
- 19 Azambuja, Maria Regina Fay de, Maria Helena Mariante Ferreira ...{et.al.}.-Porto Alegre:Artmed, 2011, pg. 40/41.
- 20 Idem pg.41.
- 21 Agenda Cultural de Julho- Ano 18 n.º 215/2013, Em cartaz no Teatro Apolo aos finais de semana, às 16h00minhoras, **Uma fábula sobre a liberdade e o sonho. Texto: Cleyton Cabral. Direção: Samuel Santos. Contatos:81-3033.5521/facebook.com/omeninodagaiola** pg.26
- 22 Ferreira, Hugo Monteiro, Antonio, 1.ed. Editora Escrita Fina, Rio de Janeiro, 2012.
- 23 Sequelas interiores que fazem lembrar a infância roubada por agressores que praticaram desde caricias até abusos sexuais mais profundos ou até como agressores de crianças em épocas que preferem deletar.
- 24 Os dados completos: VITIMA: 90% do sexo feminino e 10% do sexo masculino. O AGRESSOR:A maioria tinha de 18 a 25 anos. 98% são homens e 2% mulheres. 47% tinham ensino fundamental incompleto. 15% analfabeto.12%ensino médio.10% ensino médio incompleto.10%ensino fundamental completo.4% ensino superior incompleto. 2% superior completo. 81% negam o crime quando interrogados.13% confessam.6% reconhecem o crime parcialmente. 89% não tem antecedentes criminais.87% não foram presos em flagrante.95% não usam armas de fogo. A RELAÇÃO VITIMA E AGRESSOR:56% não tem relação de parentesco com a vitima.14% eram pais. 13% namorados ; 9% padrastos; 8% tinham outros parentescos.

91%conheciam a vitima. LOCAL DO ABUSO SEXUAL:35% na residência da vitima.29% na residência do agressor.14%em vias públicas. 7% em estabelecimento comercial. 5% em escolas. 5% em outros locais.**Fonte:Juiz Luiz Rocha, publicado no Diário de Pernambuco -21/07/13-C4 vida urbana.**

[25](#) Sandel,Michael J.,O que o dinheiro não compra:os limites morais do mercado:tradução de Clovis Marques:Rio de janeiro: Civilização Brasileira, 2012,pg.15.

Da Legitimidade do Ministério Público para a Persecução Processual dos Crimes De Injúria Real Praticados em Situação de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher

*Salomão Abdo Aziz Ismail Filho**

1. Introdução

Não poderia o Ministério Público ingressar com ação penal pública para processar criminalmente aqueles que cometem o delito de injúria real, em situação de violência doméstica e familiar contra a mulher?

Ou seja, não obstante o tradicional entendimento legal e doutrinário sobre o matéria, face à recente decisão do Supremo Tribunal Federal, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.424/DF e da própria exegese da Lei Maria da Penha, não estaria o *Parquet* legitimado também para promover a persecução processual penal de tais crimes, ainda que não exista lesão corporal contra a mulher, mas somente uma agressão ou vias de fato?

Responder a tais questionamentos é o objetivo desta tese jurídica.

2. Justicativa

O Ministério Público é o titular da ação penal pública, nos termos do art. 129, inciso I, da Magna Carta de 1988.¹

O crime de injúria real, ou seja, aquela injúria que se desdobra em agressões ou vias de fato contra a vítima,² porém, *ex vi* do art. 145 do Código Penal Brasileiro, é um delito a ser processado mediante ação penal privada, salvo se da injúria real resultar lesão corporal.³

Entrementes, a Lei nº 11.340, de 07.08.2006 (Lei Maria da Penha), trouxe uma nova perspectiva para apuração de tais crimes, quando cometidos em situação de violência doméstica e familiar contra a mulher.

O art. 41 da Lei Maria da Penha afasta, nos crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher, a aplicação da Lei 9.099/95, o que, em resumo, teve por corolário a transformação do crime de lesão corporal simples em um crime de ação penal incondicionada, pois, em tais situações, não será mais possível invocar o art. 88 da Lei 9.099/95.⁴

Tal entendimento foi pontificado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 09.02.2012, quando, nos autos da ADI nº 4.424/DF, por maioria (com exceção apenas do Min. Cezar Peluso) e nos termos do voto do Relator (Min. Marco Aurélio), julgou procedente a ação direta de inconstitucionalidade para, dando interpretação conforme à Constituição aos artigos 12, inciso I, e 16, ambos da Lei nº 11.340/2006, assentar a natureza incondicionada da ação penal

em caso de crime de lesão, pouco importando a extensão desta, praticado contra a mulher, no ambiente doméstico.⁵

Ora bem, em nosso sentir, a teleologia da decisão do STF na ADI nº 4424/DF, conjugada com o art. 129-I da CF/88, é no sentido de que qualquer agressão física contra a mulher, em situação de violência física e psíquica, deve ser processada por ação penal pública incondicionada, movida pelo Ministério Público.

Destarte, quando houver uma injúria real, consistente em uma tapa no rosto, empurrão ou qualquer agressão física destinada a humilhar ou injuriar a mulher, em uma situação de violência doméstica ou familiar, o fato criminal há de ser processado mediante ação penal pública incondicionada.

Em situações tais, alguns Promotores de Justiça, que atuam perante as Varas ou Juizados da Mulher, têm denunciado os autores pela contravenção penal de vias de fato (art. 21 do Decreto-lei nº 3.688/41),⁶ que é de ação penal pública incondicionada,⁷ mas cuja pena é bastante reduzida, comparada com aquela prevista para o crime de injúria real.⁸

O art. 145 do CPB, enfim, precisa se harmonizar com o art. 41 da Lei 11.340/2006 e com a decisão do STF na ADI 4424/DF. Por corolário, de ação penal privada apenas será o crime de injúria praticado sem violência real contra a mulher. Se houver injúria com violência real, a teleologia da Lei Maria da Penha é que tal violência seja apurada em uma ação penal pública, a ser movida pelo Ministério Público, a fim de evitar que a vontade da vítima submeta-se às influências do agressor ou da própria família, para que desista ela da persecução criminal.

Passados 25 anos da Magna Carta de 1988, o Ministério Público precisa buscar novos paradigmas de atuação funcional, fortalecendo a sua condição de *dominus litis* no processo penal, máxime diante de outras instituições públicas as quais, direta ou indiretamente, procuram invadir espaços tradicionalmente por nós ocupados.

Nesse passo, a consolidação da condição do MP como titular da ação penal pública, no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher, é imprescindível para que possamos continuar a desempenhar, com pioneirismo e eficiência, o nosso mister.

3. Conclusão

1. O crime de injúria real, praticado em situação de violência doméstica e familiar contra a mulher, é de ação penal pública incondicionada, *ex vi* do art. 41 da Lei 11.340/2006 c/c a decisão do STF nos autos da ADI nº 4424/DF, em 09.02.2012.

4. Referências bibliográficas.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Plenário, rel. Min. Marco Aurélio. Decisão nos autos da ADI nº 4.424/DF. Brasília, 09.02.2012. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4424&processo=4424>>. Acesso em: 20.07.2013.

PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal**: doutrina, jurisprudência selecionada, conexão com os vários ramos do direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

¹* Promotor de Justiça do Ministério Público de Pernambuco, titular da 4ª PJ de São Lourenço da Mata
Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei (...).

- 2** No dizer de Luiz Regis Prado, na injúria real, o agente vale-se da vias de fato ou da lesão para ofender ainda mais a dignidade e o decoro da vítima. Conforme, PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal**: doutrina, jurisprudência selecionada, conexão com os vários ramos do direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 471.
- 3** Art. 145 Nos crimes previstos neste Capítulo somente se procede mediante queixa, salvo quando, no caso do art. 140, § 2º, da violência resulta lesão corporal.
- 4** Art. 88. Além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas.
- 5** BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Plenário, rel. Min. Marco Aurélio. Decisão nos autos da ADI nº 4.424/DF. Brasília, 09.02.2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4424&processo=4424>>. Acesso em: 20.07.2013.
- 6** Art. 21. Praticar vias de fato contra alguém: Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de cem mil réis a um conto de réis, se o fato não constitui crime (redação original do texto legal).
- 7** Conforme o art. 17 da LCP: A ação penal é pública, devendo a autoridade proceder de ofício.
- 8** Art. 145. § 2º - Se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

O Artigo 478 do CPP: Aplicação e Constitucionalidade

Vilson Farias¹

O procedimento atinente aos processos de competência do Tribunal do Júri (Capítulo II do Título I do Livro II do Código de Processo Penal) sofreu grande modificação ocasionada pela publicação da Lei 11.689/08, que passou a vigor em 09 de agosto de 2008.

Esta lei trouxe inúmeras inovações, e, dentre elas, o legislador ordinário estabeleceu no artigo 478 do Código de Processo Penal que, no decorrer dos debates, as partes ficam impedidas de fazer referências 1. à decisão de pronúncia ou às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação, 2. à determinação de uso de algemas como argumento que beneficie ou que prejudique o réu, 3. ao silêncio do acusado em seu prejuízo e 4. à ausência de interrogatório, por falta de requerimento, em prejuízo do réu, pena de nulidade do julgamento.

Contrapondo o novo dispositivo com nossa Carta Magna de 1988, incontestável sua inconstitucionalidade, visto que restringe o direito de liberdade de expressão, *dos princípios inerentes ao Estado Democrático de Direito e da própria ratio essendi do Tribunal do Júri.*²

Esta inovação, para ser bem compreendida, exigirá esforço de interpretação pelo jurista.

1. Artigo 478 do Código de Processo Penal

O artigo 478 do CPP estabelece:

Art. 478. Durante os debates as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências:

I – à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado;

II – ao silêncio do acusado ou à ausência de interrogatório por falta de requerimento, em seu prejuízo.

Guilherme Goseling Araújo, Promotor de Justiça do Tocantins, faz oportuna interpretação dos incisos do artigo em estudo:

Em relação ao inciso I do referido artigo, a vontade do legislador foi no sentido de impedir que a acusação fizesse uso da argumentação referente à decisão de admissibilidade da acusação para que não influencie os jurados em relação ao posicionamento do magistrado togado, fazendo crer aos jurados que a decisão de admissibilidade fosse uma sentença de mérito que devesse ser seguida. No tocante ao uso de algemas, a proibição visa impedir que a acusação o trate como animal que precisa ser acorrentado para não atacar a sociedade e os próprios jurados.

Já quanto ao inciso II, a proibição de alegação quanto ao silêncio do réu vem no sentido de preservação de que o acusado não é obrigado a fazer prova contra si mesmo, evitando que os jurados leigos sejam influenciados por afirmações no sentido de que

‘quem cala consente’.

Devemos agora visualizar referido artigo com os olhos voltados para a Constituição Federal, em respeito ao Princípio da Supremacia da Constituição.³

Portanto, Promotor de Justiça fica impedido de argumentar que o réu foi o autor do crime, porque assim disseram os desembargadores do Tribunal de Justiça que o pronunciaram. À defesa, de modo semelhante, veda-se dizer que o réu é inocente e não ostenta qualquer periculosidade, na opinião do juiz presidente, porque este indeferiu o requerimento da acusação para a colocação de algemas. Proíbe-se, ainda, a referência ao silêncio do acusado no interrogatório ou à sua ausência por falta de requerimento.⁴

2. Aplicação dos princípios constitucionais ao art. 478

Da interpretação dada por Guilherme Goseling Araújo, trazemos vários princípios constitucionais aplicáveis ao processo penal que tem incidência direta acerca do estudo da validade do art. 478 do CPP.⁵

O primeiro princípio é o da **plenitude de defesa** (grifei), previsto no art. 5º, XXXVIII, a, da Constituição Federal.

Tal princípio, maior que o da ampla defesa, dá à defesa a possibilidade de apresentar sua tese de forma quase irrestrita, limitada tão somente por outras normas constitucionais (que estão no mesmo patamar jurídico da plenitude de defesa). Não devemos nos esquecer de que em normas aparentemente antagônicas o intérprete tem o dever de buscar a interpretação que melhor se coaduna com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

O princípio da plenitude de defesa é completado pelo princípio da **paridade de armas** (grifei), franqueando também à acusação o direito de apresentar sua tese de forma ampla.

Um segundo princípio é o da **soberania dos veredictos** (grifei), previsto no art. 5º, XXXVIII, c, da Constituição Federal.

Por tal princípio, os jurados leigos são soberanos em suas decisões, não podendo ser alteradas por qualquer tribunal que entenda de forma diversa de como a causa foi julgada, sendo possibilitada tão somente a cassação do julgado em hipóteses previstas em lei e sendo o acusado submetido novamente ao Tribunal do Júri.

Um terceiro princípio é o da **vedação das provas ilícitas**, (grifei) insculpido no art. 5º, LVI, da Constituição Federal. Por este mandamento, todas as provas adquiridas com violação de normas materiais ou processuais devem ser desconsideradas e desentranhadas do processo.

(...)

Temos finalmente o direito ao silêncio do acusado, previsto no art. 5º, LXIII da CRFB/88, sendo que caso se mantenha o réu em silêncio, esta inércia não pode ser interpretada em seu prejuízo. O significado dessa norma constitucional é que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*).

3. Liberdade de Expressão

O inciso IV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 determina que é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.

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

(...)

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

César Novaes traz em seu artigo citação de Sampaio Dória⁶, segundo o qual, sucintamente, define que liberdade de pensamento é o direito de exprimir, por qualquer forma, o que se pense em Ciência, Religião, Arte, ou o que for.

Nas palavras do constitucionalista Alexandre de Moraes:

A liberdade de expressão constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática e compreende não somente as informações consideradas como inofensivas, indiferentes ou favoráveis, mas também as que possam causar transtornos, resistência, inquietar pessoas, pois a Democracia somente existe baseada na consagração do pluralismo de idéias e pensamentos, de tolerância de opiniões e do espírito aberto ao diálogo.⁷

Interpretando de forma superficial o inciso IV do referido artigo 5º, ao garantir a livre manifestação do pensamento, dá existência jurídica ao denominado direito de opinião.

Inconstitucional será interpretação que restrinja essa liberdade constitucionalmente garantida, que vise retirar, censurar ou mesmo diminuir a sua eficácia.

4. O art. 478 do CPP e sua inconstitucionalidade

Sabemos que a decisão de pronúncia e posteriores são normas integrantes do processo, sendo decisões exigidas do magistrado pela lei, portanto, devem permanecer no processo, assim como o é o uso de algemas em alguns casos.

Portanto, partindo da imprevisibilidade constitucional (não estão previstas na norma proibitiva do artigo 5.º, LVI, da Constituição Federal) trata-se de provas lícitas passíveis de serem, certamente, abordadas pelas partes.

Art. 5º

LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

Aliado à plenitude da defesa, não pode uma norma infraconstitucional restringir o uso das alegações referidas no art. 478 do CPP em plenário, sob pena de atentar contra a própria norma maior, lembra o colega do Ministério Público do Tocantins, Guilherme Goseling Araújo.⁸

O princípio da paridade de armas garante à acusação os mesmos direitos da defesa, o que permite tanto a autor quanto réu se utilizarem das provas lícitas, (conforme acima referido).

Assim como comumente são os Juízes, no Tribunal do Júri os jurados são soberanos, e, a fim de melhor decidir, com equidade, buscando a verdadeira justiça, devem ter acesso a todas

as provas e atos praticados no processo.

No sentido de inconstitucionalidade da norma, importante lição de Guilherme de Souza Nucci (Código de Processo Penal Comentado 8ª ed., pág. 802/803), é lembrada por Guilherme Goseling Araújo:

A vedação imposta pelo art. 478 é inconstitucional. Cerceia-se o direito de qualquer das partes de explorar as provas lícitas constantes dos autos. Somente as ilícitas é que estão vedadas pela Constituição Federal (art. 5º, LVI). Por isso, a contrário senso, são admissíveis no processo todas as provas obtidas por meios lícitos.⁹

É incumbência da defesa, por meio de apertes, ou do magistrado, “elucidar aos jurados da abrangência do direito ao silêncio e de que a decisão de pronúncia é mero juízo de admissibilidade, sem, contudo, configurar culpa do réu. Cabe também à acusação, através de apertes, esclarecer interpretação equivocada da pronúncia feita pela defesa perante os jurados.”¹⁰

Assim como deve também o magistrado esclarecer aos jurados que o fato do réu estar algemado, nada tem a ver com sua periculosidade.

Com freqüência, as vedações impostas pelo novo artigo 478 do Código de Processo Penal poderiam ser trazidos à plenário em benefício da defesa, sendo, como acima referido, inconstitucional o novel artigo que proíbe a defesa a se manifestar acerca destes temas.

Não faz o menor sentido, a nosso ver, o artigo 472 do Código de Processo Penal determinar que o magistrado forneça cópia da decisão de pronúncia para os jurados, permitindo assim que tenham acesso à decisão de admissibilidade do juiz.

Art. 472. (...)

Parágrafo único. O jurado, em seguida, receberá cópias da pronúncia ou, se for o caso, das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação e do relatório do processo.

Para depois, por sua vez, o aqui analisado artigo 478 vedar que as partes se refiram a tais peças processuais. Com certeza o debate ficará prejudicado, muitas vezes em prejuízo do acusado.¹¹

5. Modificação na leitura de peças em plenário

Era permitido, anteriormente, no art. 466, § 1.º, do CPP, que, mediante ordem do juiz presidente da sessão, fossem lidas, pelo escrivão, quaisquer peças do processo.

Andrey Borges de Mendonça analisa a questão da seguinte maneira:

Referida leitura sempre foi motivo de reclamos por parte dos operadores do direito, pois, como a leitura deveria ser feita sem ênfase, era um dos momentos mais monótonos do procedimento do Júri e causava inúteis delongas no julgamento. Dias de julgamento eram perdidos na leitura de peças. Com a reforma, as partes e os jurados somente poderão requerer a leitura de determinadas peças, ou seja, apenas aquelas que se refiram exclusivamente às provas colhidas por carta precatória e às provas cautelares, antecipadas ou não repetíveis.

A finalidade da referida norma, de um lado, é garantir celeridade no julgamento, evitando

delongas desnecessárias. Por outro, visa permitir que os jurados possam ter conhecimento das provas que foram produzidas fora de audiência. As demais peças (colhidas durante o inquérito policial, por exemplo) poderão ser lidas, mas apenas pelas partes, no momento e durante o prazo fixado para os debates orais.

Interessante anotar que o legislador faz menção às provas colhidas por precatória. A doutrina predominante entendia que não era possível a expedição de carta precatória, na segunda fase do procedimento do Tribunal do Júri, para oitiva de testemunha de fora da jurisdição. O STF, porém, já decidira em sentido contrário, em razão do princípio da ampla defesa. O legislador parece ter seguido esta senda, permitindo que seja expedida precatória na segunda fase do procedimento do Júri e, neste caso, seja o depoimento lido em plenário, para que dele se interem os jurados e dêem o valor devido. [12](#)

Essa permissão, embora representasse muitas dificuldades, conforme acima referido, no nosso ponto de vista era útil, pois assim os jurados podiam ter um contato ainda maior com o processo, o que os ajudava no seu decidir.

6. Menção ao uso de algemas

Dispõe o novo artigo 478 do Código de Processo Penal que as partes não poderão fazer referência ao uso de algemas por parte do réu:

Art. 478. Durante os debates as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências:

I – à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à **determinação do uso de algemas** como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado;

(...)

Damásio de Jesus afirma notar que a disposição não impede que as partes mencionem a pronúncia ou o uso de algemas, de modo geral, mas sim tal referência como argumento de autoridade que vise ao benefício ou prejuízo do acusado. [13](#)

No entanto, lembram Guilherme Madeira Dezem e Gustavo Octaviano Diniz Junqueira, que:

Se tal dissolução deu-se por atuação da acusação, deve o magistrado dissolver o Conselho de Sentença e marcar nova data para julgamento.

Se tal dissolução deu-se por atuação da defesa, deve o magistrado atentar para eventual excesso de prazo da prisão do acusado que se encontre com a liberdade restrita. Caso a dissolução tenha sido causada pela defesa, não há que se falar em excesso de prazo, visto que a defesa não pode causar a dissolução do Conselho de Sentença e beneficiar-se com esta medida. A prática evidentemente intencional, buscando a anulação do feito, deve ser comunicada ao órgão de controle de classe. [14](#)

Com relação ao uso de algemas, é de se destacar decisão do STF, em que se considerou que a visão de um réu algemado impressiona aos presentes a um tribunal e exerce forte influência sobre os jurados, induzindo-os a pensar que a decisão do juiz de mantê-lo assim foi tomada porque ele apresenta periculosidade.

O novo dispositivo foi criticado por Nucci:

O acusador, então, em lugar das algemas, passa a ler aos jurados a decisão que decretou a prisão preventiva ou a folha de antecedentes do réu. Não estão vedadas tais peças. Pode dizer, à vontade, que ele está preso, pois é perigoso, e não mencionar uma palavra acerca das algemas. Aliás, nem precisa. Os jurados estão vendo o réu algemado e não são tolos”. E conclui: “A vedação imposta pelo art. 478, I e II, do CPP, em nosso entendimento, além de ingênua, beira à inconstitucionalidade. Cerceia-se o direito de qualquer das partes de explorar as provas lícitas.

Maria Thereza Rocha de Assis Moura discorda de Nucci:

Se a leitura do decreto de prisão preventiva ou da folha de antecedentes for feita com o objetivo de extrair uma “presunção de culpa”, haverá indevida influência no julgamento dos juradores e eventual veredicto condenatório será nulo. O art. 478 não constitui uma hipótese de *numerus clausus*. Não será apenas, única e exclusivamente, nestes casos que os jurados serão influenciados. Qualquer outra linha argumentativa, com finalidade persuasiva, mas que possa induzir o jurado a erro, implicará nulidade no julgamento. A diferença é que, nas hipóteses dos incs. I e II do novo art. 478, demonstrada a situação de base - o acusado foi pronunciado, ou o acusado está algemado, ou, ainda, o acusado permaneceu em silêncio, o que indica que seja culpado -, haverá nulidade, posto que o legislador, previamente, considera que neste caso haverá evidente prejuízo. Porém, em qualquer outra hipótese, desde que se demonstre concretamente que linhas argumentativas seguidas pelas partes efetivamente influenciaram, de forma indevida e falaciosa, o convencimento dos jurados, a nulidade também será de se reconhecer. Aliás, mesmo antes do novo dispositivo, já era isso que a jurisprudência fazia, com relação a indevido argumento de presunção de culpa a partir da “periculosidade” do acusado que estivesse algemado.¹⁵

Walfredo Cunha Campos, ilustre Promotor de Justiça, refere, em miúdos que:

ao promotor é vedado explorar demagogicamente a condição de algemado do acusado para tentar convencer os jurados que ele seria perigoso; mas o inverso não é verdadeiro, pode o defensor, também demagogicamente, explorar a pouca experiência dos jurados para tentar persuadi-los que o acusado não oferece qualquer perigo, tanto que o magistrado sequer determinou fosse ele algemado... O razoável é entender que, tanto a acusação quanto a defesa estão proibidos de se manifestar, em seus discursos, a respeito da medida administrativo-cautelar em comento. É a maneira de se adaptar essa disposição à Justiça e à Constituição Federal.¹⁶

7. Menção à pronúncia

O artigo 478 proíbe que as partes mencionem a decisão que o juiz pronuncia o réu:

Art. 478. Durante os debates as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências:

I – à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a

acusação ou à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado;

(...)

É vedado, durante o Plenário, que haja menção à decisão de pronúncia ou às decisões posteriores que julgam admissível a acusação.

Guilherme Madeira Dezem e Gustavo Octaviano Diniz Junqueira ressaltam ser preciso que haja a correta compreensão deste inciso, pois ele está em desconformidade com o quanto mencionado no artigo 472, parágrafo único: após o juramento recebem cópia da denúncia e das decisões posteriores. **Faz sentido entregar cópia destas decisões aos jurados, via de regra leigos, sem que possa fazer qualquer menção a essas peças em Plenário?** (grifei)

Não se pode admitir que o legislador tenha querido situação em que os jurados recebam cópias de uma peça que mal podem compreender e ela não possa ser objetivamente explicada a eles.

Portanto, entendem Dezem e Junqueira que é possível compatibilizar a aparente incompatibilidade: são possíveis as menções à pronúncia ou peças subseqüentes desde que estas menções sejam de caráter objetivo, vale dizer, refiram-se exclusivamente aos dados da causa.

Caso haja manifestação de caráter subjetivo, então haverá nulidade do julgamento: o magistrado deve imediatamente dissolver o Conselho de Sentença e marcar nova data para julgamento, atentando-se para eventual excesso de prazo na prisão do acusado. [17](#)

Explica Andrey Borges de Mendonça que referida disposição tem o objetivo de impedir que as partes, valendo-se da condição de leigos dos jurados, interpretem a decisão de admissibilidade como decisão “de mérito”. Assim, não poderia a parte fazer argumentações de que o Tribunal manteve a pronúncia do réu, por existirem indícios de que o réu é o autor do crime ou, ainda, que a defesa se valha de eventual decisão de impronúncia do juiz de primeiro grau – posteriormente modificada pelo Tribunal – para afirmar a falta de elementos de autoria. Contudo, a razão maior da norma, em nosso sentir, seria para impedir a utilização, durante os debates, de decisões de admissibilidade em que houvesse “excesso de linguagem”, ou seja, em que o juiz ou o Tribunal tenha adentrado, equivocadamente, na profundidade do exame de provas, para proferir um verdadeiro julgamento antecipado da causa.

Maior parte da doutrina não concorda com a referida disposição, e nós compartilhamos desse entendimento, adotando justificativa muy bem fundamentada de Andrey Borges de Mendonça, que entende ser despropositada e sem sentido a regra, que poderá trazer mais problemas do que soluções. De qualquer sorte, mesmo que sejam vedadas menções às decisões de admissibilidade da acusação, entendemos que nada impede – e até mesmo sugere – que o juiz presidente, de ofício ou a pedido da parte, faça aos jurados esclarecimentos sobre a natureza da decisão de admissibilidade. Especialmente se considerarmos que o princípio da plenitude de defesa é assegurado constitucionalmente, poderá a defesa fazê-lo em seus debates. Mais importante do que coarctar as partes de fazerem menção às referidas decisões é impedir que os jurados incidam em equívoco, baseando-se o seu julgamento na decisão de admissibilidade da causa. [18](#)

Arremata as idéias acima explicitadas o posicionamento de Guilherme de Souza Nucci:

NÃO VEMOS SENTIDO PARA TANTO. Em primeiro lugar, fere-se o direito da parte de

argumentar, como bem quiser, em torno das provas existentes nos autos. A decisão de pronúncia e o acórdão, afinal, fazem parte de um acervo documental dos autos e não há qualquer lógica em se impedir que a parte deles possa fazer uso. Se a pronúncia ou o acórdão for prolatado em termos inadequados, deve ser anulado e refeito sob o prisma ideal. Entretanto, proibir a parte de fazer referência a importantes decisões constantes dos autos É MEDIDA COMPLETAMENTE INADEQUADA. A vedação imposta pelo a rt. 478 é INCONSTITUCIONAL. Cerceia-se o direito de qualquer das partes de explorar as provas lícitas constantes dos autos. Somente as ilícitas é que são vedadas pela Constituição Federal (art. 5.º, LVI). Por isso, a contrário sensu, são admissíveis no processo todas as provas obtidas por meios lícitos. A decisão de pronúncia, por exemplo, é a que finaliza a fase de formação da culpa e demonstra haver prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, motivo pelo qual a parte interessada pode dela valer-se como bem quiser. No tocante à atuação da defesa, com muito mais razão, havendo em seu favor o princípio constitucional da plenitude de defesa, é natural poder ser usada a pronúncia ou o acórdão que a confirme, desde que interessante ao réu. Se até mesmo de provas ilícitas pode o defensor utilizar-se, conforme o caso, para garantir a absolvição do acusado, é evidente poder fazer o mesmo quanto às provas lícitamente produzidas. Poder-se-ia dizer que a decisão de pronúncia (ou o acórdão que a confirme) não constitui prova, mas apenas um ato jurisdicional. Porém, ainda que assim possa ser considerada, na essência, cuida-se de um documento entranhado nos autos, que serve, sim, de prova de um fato relevante. Afinal, o acusado foi pronunciado para ser julgado pelo Tribunal Popular. Do mesmo modo, é possível demonstrar que quem pode o mais, pode o menos. Em outros termos, se as provas somente podem ser afastadas dos autos se forem ilícitas e são elas que visam à demonstração dos fatos imputados ao réu, naturalmente, as provas lícitas devem permanecer para a utilização pelas partes. Por isso, as decisões proferidas (pronúncia e acórdão), que constituem a consagração do exame das provas, não podendo ser extirpadas por vontade do legislador ordinário. Ademais, há outro princípio constitucional, regente do Tribunal do Júri, que é a soberania dos veredictos. Os jurados têm direito de tomar conhecimento de todo conteúdo do processo, o que lhes garante a autêntica soberania para julgar. Logo, é inócua a vedação imposta pela Lei 11.689/2008.¹⁹

8. Menção ao silêncio em prejuízo do acusado

Também é proibida a menção ao silêncio do acusado ou à ausência de interrogatório por falta de requerimento, em prejuízo do acusado.

Art. 478. Durante os debates as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências:

(...)

II – **ao silêncio do acusado** ou à ausência de interrogatório por falta de requerimento, em seu prejuízo.

Tendo em vista a literalidade da lei, poderá a defesa fazer menção a tal em benefício do acusado. Esta situação não viola a paridade de armas, na medida em que, como já visto, o

interrogatório é meio de defesa e não meio de prova.

Há interessante disposição neste inciso. Vamos vê-la de maneira destacada para entender suas implicações: “II – ao silêncio do acusado ou **à ausência de interrogatório por falta de requerimento**, em seu prejuízo”.

O trecho em destaque nos permite reforçar a argumentação (...) em que defendemos que o acusado solto pode requerer sua dispensa em Plenário. O termo “ausência de requerimento” deve ser lido como: pedido da parte para não comparecer em Plenário. Isto porque o interrogatório continua a ser obrigatório, mas a parte pode dele abrir mão com a sua ausência em Plenário. [20](#)

Walfredo Cunha Campos escreveu em seu brilhante livro que “se o que se pretendia era evitar a influência negativa da ausência de interrogatório quanto aos jurados, perdeu-se tempo com esse artigo absurdamente autoritário. A norma que impõe ao juiz togado desconsiderar o silêncio do réu quando do seu julgamento, evidentemente não pode alcançar o juiz leigo que decide pela íntima convicção sem fundamentar o seu voto.”

Da análise de todas essas proibições, criadas, sem dúvida, com a finalidade de tolher os movimentos da acusação, resta perguntar: e a paridade de armas processuais entre a acusação e a defesa, corolário do princípio da igualdade (art. 5º, inciso I, da CF), deixou de existir? Ao Ministério Público é imposto censura; à defesa, é garantida ampla liberdade de expressão, e ainda continuamos em uma democracia? Para a acusação, o cativo da palavra; para a defesa, a liberdade? É óbvia a inconstitucionalidade do artigo em estudo por afronta visceral ao princípio da igualdade.

Quanto a esse princípio de nossa Constituição, assim se manifesta Alexandre de Moraes, trazido por Walfredo Cunha Campos:

A desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e aos efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos. Assim, os tratamentos normativos diferenciados são compatíveis com a Constituição Federal quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado. [21](#)

Campos ainda questiona qual seria a justificativa objetiva e razoável que explica esse tratamento legislativo discriminatório entre a acusação e a defesa, justificando da seguinte forma:

Poder-se-ia dizer que o tratamento desigual das partes em plenário decorre do princípio constitucional da plenitude de defesa (art. 5º, inciso XXXVIII, alínea a, da CF). Nada mais falso. Como já tivemos oportunidade de expor, o significado desse princípio é o de assegurar ao acusado de um crime doloso contra a vida uma defesa técnica efetiva e de qualidade superior à média das defesas penais exercidas em outros processos criminais; uma atuação profissional competente, portanto. E já existe o mecanismo legal de controle da qualidade da

atuação defensiva, e, por conseqüência, de respeito à norma constitucional citada, que é a fiscalização do juiz presidente do discurso defensivo, podendo nomear defensor ao acusado, quando considerá-lo indefeso, podendo, nesse caso, dissolver o Conselho e designar novo dia para o julgamento, com a nomeação ou a constituição de novo defensor (art. 497, inciso V, do CPP).

E conclui o referido doutrinador com os seguintes questionamentos: Os fins justificariam os meios? A desigualdade entre a acusação e a defesa estaria justificada porque é o meio de se alcançar a plenitude de defesa?

Como ensina, novamente, Alexandre de Moraes (Direito Constitucional, Alexandre de Moraes, 20ª ed., Editora Atlas, São Paulo, 2006, p. 28):

Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas). Desta forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.

Dessa maneira, refere Campos que:

o único modo de se harmonizarem os princípios constitucionais mencionados que estariam em conflito entre si seria a de se não impor limites temáticos ao Ministério Público, dando-lhe a mesma liberdade que usufrui a defesa; afinal, a defesa plena não seria esvaziada pela igualdade com o Ministério Público, mas a desigualdade entre os contendores em plenário aniquilaria o princípio da isonomia. Isso sem dizer que, pensamento diverso, estaria, por via indireta, desprezando o mais fundamental de todos os direitos, o pressuposto do exercício e gozo de todos os outros: o direito à vida (art. 5º, caput, da CF), que só pode ser defendido, verdadeiramente, pelo Ministério Público, se ele gozar de liberdade igual à defesa para sustentar oralmente, acusando o seu transgressor, perante o Tribunal do Júri.

9. Considerações finais

A referida Lei, com a inserção do artigo em comento, procura disciplinar a postura das partes, indicando o que não pode ser comentado, no entanto, lamentavelmente impondo uma VERDADEIRA E INACEITÁVEL CENSURA. É claro que a disciplina deve sempre imperar. Parece, todavia, mais fácil deixar essa tarefa ao juiz presidente, na análise do caso concreto, do que se estabelecer, de antemão, assuntos proibidos.

Com relação ao silêncio do réu ou ao uso de algemas, embora compreensível a intenção do legislador, visando coibir a utilização inadequada dessas situações, acaba se tornando arriscado. O argumento calcado no brocardo “quem cala, consente”, constitui medida atentatória à garantia constitucional de não produção de prova contra si mesmo, sem dúvida.

Pensamos, calcados em Campos, que caberia à defesa explicar aos jurados o alcance

desse preceito constitucional, mas não seria necessário vedar à acusação qualquer referência sobre o tema. De outra banda, pode-se falar sobre o silêncio do réu em variados prismas, até mesmo no contexto positivo. Logo, não explicando a norma processual penal qual o sentido exato da proibição torna-se lacunosa e, por isso, de aplicação temerária.

Preocupa também a possível menção proposital de qualquer das partes em relação ao silêncio, às algemas, à pronúncia ou ao acórdão, somente para gerar nulidade. Ninguém terá condições de promover censura prévia ao discurso de quem quer que seja. Logo, fazendo a menção vedada, resta a anotação em ata e estará plantada a nulidade desejada, para florescer no futuro, anulando-se o efeito, quando for do interesse de quem a produziu.

Buscando contornar a referida proibição, parece-nos, novamente alicerçados em Campos, que o juiz presidente deve, quando a citação for realizada, intervir, cassando a palavra daquele que utilizar pejorativamente do direito ao silêncio ou do uso de algemas para prejudicar a imagem do réu. Com isso, impede-se a geração do vício, que poderá dar margem à anulação do processo. No mais, quando houver referência a tais temas, não havendo protesto da parte contrária, fazendo inscrever em ata exatamente em que termos foi feita a menção, para futura avaliação do tribunal. Trata-se, por óbvio, de nulidade relativa, dependendo da prova de prejuízo. [22](#)

Diante desta breve, mas sólida, análise do artigo 478 do CPP, concluímos pela sua incontestável inconstitucionalidade e, utilizando as palavras de Campos, “a defesa, como é óbvio, pode ser plena gozando as partes, igualmente, de liberdade de expressão. Inexiste, portanto, justificativa objetiva e razoável que explique esse tratamento legislativo discriminatório, preconceituoso e odioso entre a acusação e a defesa, e o art. 478 do CPP deve ser extirpado do mundo jurídico por ser claramente inconstitucional”, pois “a defesa plena é alcançável sem a imposição da mordalha ao Ministério Público” [23](#)

10. Referências Bibliográficas

- ARAÚJO, Guilherme Goseling. *A inconstitucionalidade do art. 478 do CPP após a reforma*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 06 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.22114>>.
- As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma / coordenação Maria Thereza Rocha de Assis Moura. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 190-193.
- CAMPOS, Walfredo Cunha. *O Novo Júri Brasileiro*. São Paulo: Primeira Impressão, 2008.
- DEZEM, Guilherme Madeira. JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Nova Lei do Procedimento do Júri Comentada: atualizado de acordo com as Leis 11.689/08, 11.690/08 e 11.719/08*.
- GOMES, Luiz Flávio. CUNHA, Rogério Sanches. PINTO, Ronaldo Batista. *Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito: novo procedimento do Júri (Lei 11.689/08)*... São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 206-209.
- JESUS, Damásio de. *Código de processo penal anotado*. 23. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com a reforma do CPP (Leis n. 11.689, 11.690 e 11.719/2008). São Paulo: Saraiva, 2009.
- MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do Código de processo penal: comentada*

artigo por artigo. São Paulo: Método, 2008.

NOVAIS, César Danilo Ribeiro de. A inconstitucionalidade do novo artigo 478 do CPP. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1878, 22 ago. 2008. Disponível em:

<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11630>>. Acesso em: 16 dez. 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

- 1 Doutor em Direito Penal pela Universidade de Buenos Aires (Argentina). Doutor em Direito Civil pela Universidade de Granada (Espanha). Especialista em Ciências Criminais pela PUC-RS. Licenciado em Letras Português/Inglês pela Universidade Católica de Pelotas e Educação Moral e Cívica pela Universidade Federal de Pelotas. Promotor de Justiça aposentado. Ex-Delegado de Polícia. Membro do IBCCrim. Membro do Instituto Brasileiro de Vitimologia. Advogado. Professor. Escritor.
- 2 NOVAIS, César Danilo Ribeiro de. A inconstitucionalidade do novo artigo 478 do CPP. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1878, 22 ago. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11630>>. Acesso em: 16 dez. 2009.
- 3 ARAÚJO, Guilherme Goseling. *A inconstitucionalidade do art. 478 do CPP após a reforma*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 06 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.22114>>. Acesso em: 16 dez. 2009.
- 4 JESUS, Damásio de. Código de processo penal anotado. 23. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com a reforma do CPP (Leis n. 11.689, 11.690 e 11.719/2008). São Paulo: Saraiva, 2009.
- 5 ARAÚJO, Guilherme Goseling. Op. cit.
- 6 DÓRIA, Antônio Sampaio. Direito Constitucional e Comentários à Constituição de 1946. São Paulo: Max Limonad, 1960, v. 3, p. 602 apud NOVAIS, César Danilo Ribeiro de. Op. cit
- 7 MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional, 7ª ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 141 apud NOVAIS, César Danilo Ribeiro de. Op. cit.
- 8 ARAÚJO, Guilherme Goseling. A inconstitucionalidade do art. 478 do CPP após a reforma. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 06 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.22114>>. Acesso em: 28 dez. 2009.
- 9 NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 8ª ed., São Paulo: RT, 2008. p. 802-803. Apud ARAÚJO, Guilherme Goseling. Op. cit.
- 10 ARAÚJO, Guilherme Goseling. Op. cit.
- 11 Idem.
- 12 MENDONÇA, Andrey Borges. Nova reforma do Código de processo penal: comentada artigo por artigo. São Paulo: Método, 2008. P. 93
- 13 JESUS, Damásio de. Op. cit.
- 14 DEZEM, Guilherme Madeira. JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. Nova Lei do Procedimento do Júri Comentada: atualizado de acordo com as Leis 11.689/08, 11.690/08 e 11.719/08. p. 117-121.
- 15 As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma / coordenação Maria Thereza Rocha de Assis Moura. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 190-193.
- 16 CAMPOS, Walfredo Cunha. O Novo Júri Brasileiro. São Paulo: Primeira Impressão, 2008. p. 194-199
- 17 DEZEM, Guilherme Madeira. JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. Nova Lei do Procedimento do Júri Comentada: atualizado de acordo com as Leis 11.689/08, 11.690/08 e 11.719/08. p. 117-121.
- 18 MENDONÇA, Andrey Borges de. Nova reforma do Código de processo penal: comentada artigo por artigo. São Paulo: Método, 2008. p. 102-105.
- 19 NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- 20 DEZEM, Guilherme Madeira. JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. Nova Lei do Procedimento do Júri Comentada: atualizado de acordo com as Leis 11.689/08, 11.690/08 e 11.719/08. p. 117-121.
- 21 MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 20ª ed., Editora Atlas, São Paulo, P. 32. apud CAMPOS, Walfredo Cunha. Op. cit.
- 22 GOMES, Luiz Flávio. CUNHA, Rogério Sanches. PINTO, Ronaldo Batista. Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito: novo procedimento do Júri (Lei 11.689/08)... São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 206-209.
- 23 CAMPOS. Op. cit.

A Atuação do Ministério Público em Situações de Colisão dos Direitos Fundamentais ao Meio Ambiente e à Moradia.

Alessandra Garcia Marques¹

Meri Cristina Amaral Gonçalves²

Resumo

O presente trabalho trata da colisão de direitos fundamentais, quais sejam, ao meio ambiente equilibrado e à moradia, identificada num caso concreto que se encontra sendo discutido perante o Poder Judiciário do Estado do Acre, no qual o Poder Executivo, que tem competência para zelar por recurso hídrico subterrâneo, e o Poder Judiciário, na oportunidade em que já se manifestou sobre os pedidos de antecipação de tutela formulados, em duas ações civis públicas, propostas pelo Ministério Público, inclusive em nível recursal, de modo emblemático, desconsideraram a ponderação de direitos, em detrimento do Aquífero Rio Branco, indispensável recurso hídrico subterrâneo que ven sendo apontado como a alternativa para abastecer a população riobranquense, num futuro bem próximo, em decorrência do grau de poluição do principipl rio da região leste do Acre, o qual sofre foretamente os efeitos da devastação das suas matas ciliares, além do contínuo desague de águas servidas em seu leito, desde o seu nascedouro no Peru. Evidenciando-se, assim, o desprezo pelas regras de interpretação do Direito e solução de colisão entre direitos fundamentais. Ao final, defende-se a necessidade de criação de legislação destinada a proteger o Aquífero Rio Branco.

Palavras-chave: Direito fundamental ao meio ambiente. Direito à moradia. Dignidade da pessoa humana. Colisão entre direitos fundamentais. Ponderação de valores.

1. Introdução

No segundo semestre do ano de 2011, o Ministério Público do Estado do Acre instaurou, num trabalho conjunto entre Promotores de Justiça titulares das Promotorias de Defesa do Meio Ambiente da Bacia Hidrográfica do Baixo Acre, de Habitação e Urbanismo, de Defesa do Consumidor e de Saúde Pública, um inquérito civil registrado sob o n.º 06.2011.00000866-0, com a finalidade de investigar notícia de descumprimento, pelo Estado do Acre, das legislações ambiental, urbanística e referentes à licitações, em razão do projeto de construção de uma cidade dentro do segundo distrito da Capital do estado do Acre, a cidade de Rio Branco, projeto esse denominado Cidade do Povo.

Naquele momento, as notícias que chegavam ao Ministério Público eram oriundas dos meios de comunicação, a maioria orientados tacitamente pelo próprio Estado do Acre, notícias essas elogiosas do Cidade do Povo, as quais davam conta de que se tratava do maior projeto de

moradia popular da história daquele Estado. Apenas poucos meios de comunicação, mesmo sem o necessário conhecimento da legislação, deixavam evidenciar a possibilidade de descumprimento das legislações ambiental e urbanística.

Sendo que, já naquele momento inicial, parecia evidente que o projeto Cidade do Povo, a começar pela escolha do local onde seria implantado, pelo empreendedor, o Estado do Acre, e pela intransigência desse, por meio de seus gestores, em discutir a possibilidade de outro local para a execução do projeto ou, pelo menos, em apresentar medidas mitigadoras concretas dirigidas aos eventuais danos ambientais decorrentes do empreendimento, indicava que o referido projeto seria executado a qualquer custo, e que o Estado faria tudo que fosse necessário para executá-lo, de modo que aquilo que fosse entendido como entrave burocrático à sua execução, seria simplesmente atropelado, sobretudo no que dissesse respeito à legislação ambiental brasileira.

Tornou-se motivo de preocupação para o Ministério Público o fato de que, sem a necessária participação democrática, o plano diretor da Capital foi alterado, rapidamente, por duas ocasiões, casuisticamente para possibilitar a edificação do empreendimento, localizado em parte sobre o Aquífero Rio Branco e, principalmente, sobre sua área de recarga, tranmutando exdruxulamente àquela área, de Zona de Especial Interesse (ZEIS), classificação anterior, constante no plano diretor, para área de proteção para habitação, em detrimento de sua anterior proteção legislativa mínima, decorrente de sua já reconhecida relevância ambiental e em face da sua fragilidade, para a qual, antes, repelia-se a hipótese de adensamento populacional.

Aduzia-se a tanto, o fato de que o empreendimento também não tratava de alternativas definidas de tratamento de esgoto para aproximadamente 10.659 unidades habitacionais.

Já se podia vislumbrar, portanto, desde a desapropriação milionária da área destinada à edificação do projeto Cidade do Povo, que os procedimentos administrativos de licenciamento ambientais seriam meramente formais e, tão grave quanto, que a licitação para a execução do Estudo de Impacto Ambiental – EIA/RIMA e a licitação destinada à execução das obras de infraestrutura seriam uma *mise in scene* patrocinada com recursos públicos pelo Estado do Acre, sendo que fatos posteriores relacionados à Operação G-7, da Polícia Federal, os quais não são objeto deste trabalho, evidenciariam novas circunstâncias nebulosas que envolvem a licitação para a construção das ditas obras de infraestrutura do Projeto.

De fato, o local escolhido para a edificação do Cidade do Povo, mesmo sem a existência de idôneo Estudo de Impacto Ambiental, situa-se em parte sobre o Aquífero Rio Branco e, em sua maior medida, sobre a área de recarga desse curso hídrico confinado.

Contando com mais de seis mil páginas de documentos, no procedimento investigatório, o Ministério Público ajuizou duas ações civis públicas, duas ações criminais e uma ação de improbidade administrativa, após expedir duas Recomendações descumpridas *in totum* pelos recomendados, as quais visavam tratar, primeiro, da anulação do Termo de Referência concernente ao projeto Cidade do Povo, a fim de que novo termo, ao estipular diretrizes de elaboração do EIA/RIMA, pudesse cumprir, rigorosamente, a legislação ambiental em vigor; segundo, da rejeição do Estudo de Impacto Ambiental e seu Relatório, referentes ao empreendimento Cidade do Povo, por não observarem as diretrizes gerais estabelecidas pelos arts. 5º e 6º da Resolução CONAMA n.º 01/86; e, terceiro, da consequente anulação do edital de convocação da audiência pública agendada para dia 08 de maio de 2012, por perda do objeto.

A segunda Recomendação versou sobre a anulação integral do procedimento licitatório de Concorrência Pública n.º 083/2012, com a consequente anulação de todos os atos administrativos, inclusive os relacionados à abertura das propostas dos licitantes, de modo que a licitação de obras e serviços de engenharia relativos ao projeto Cidade do Povo somente fosse realizada após a expedição da necessária licença ambiental, fazendo com que os Projetos Básico e Executivo, o edital de concorrência e o contrato administrativo desse oriundo contemplassem todas as diretrizes advindas do licenciamento ambiental.

No presente artigo, que não tem por finalidade analisar criticamente o emblemático e pleno desprezo do Poder Judiciário pela questão referente à colisão de direitos fundamentais, até porque os processos ainda estão em andamento, sobretudo os cíveis, importa tratar da colisão dos direitos fundamentais ao meio ambiente e à moradia, no caso concreto, e a solução da colisão por meio do princípio da proporcionalidade, numa perspectiva procedimental de justiça e de Estado, com vista ao respeito à dignidade da pessoa humana.

2. O Direito Fundamental ao Meio Ambiente

O meio ambiente físico pode ser conceituado como sendo o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, o qual permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.

A certeza que se tem hoje, é de que coexistem hoje uma superpopulação humana no planeta, a proliferação de direitos e a escassez de bens. Essa escassez de bens aliada à proliferação de direitos, evidentemente, propiciam à ocorrência de conflitos entre regras, a colisão entre princípios, entre regras e princípios e, ainda, a colisão entre direitos fundamentais.

Ao mesmo tempo, a escassez de recursos, sobretudo os naturais, e a possibilidade de esgotabilidade de grande parte desses, impõem a preservação do meio ambiente, em detrimento, inclusive, do mero conservacionismo.

Nesse sentido, o direito ao meio ambiente, no ordenamento jurídico brasileiro, tem previsão constitucional, tanto quanto o direito à moradia, sendo que o ambiente é um bem jurídico difuso, lembrando que não existem direitos absolutos.

A Constituição da República, no art. 225, estabelece que o meio ambiente é um bem de uso comum do povo e um direito de todos os cidadãos, das gerações presentes e futuras, estando o Poder Público e a coletividade obrigados a preservá-lo e a defendê-lo. Na Constituição brasileira, aliás, foi destinado um capítulo inteiro para o tratamento do meio ambiente e do direito ao meio ambiente.

Assim, o meio ambiente ecologicamente equilibrado foi consagrado constitucionalmente como direito fundamental de tríplice vertente: individual, social e transgeracional. Em sua dimensão individual, deve-se levar em conta que cada pessoa tem direito à vida digna, o qual, necessariamente, perpassa pela efetividade do direito ao meio ambiente, enquanto na dimensão social tem-se em consideração que a Constituição tratou do ambiente como bem de uso comum do povo, sendo que nesse tocante há discussões posteriores a 1988 indicando que o meio ambiente não seria bem público mas, sim, bem difuso pertencente à coletividade e não, ao Estado, a quem compete apenas dele zelar. Na dimensão transgeracional o meio ambiente é peculiar e expressamente um bem assegurado não apenas às presentes gerações, pois deve-se assegurar o direito ao meio ambiente para as presentes e também para as futuras

gerações, dada a sua imprescindibilidade para a vida na Terra e a dignidade da pessoa humana.

É evidente que o direito ao meio ambiente é pressuposto à dignidade da pessoa humana, tanto que do ponto de vista fático é plausível pensar em vida digna sem o ambiente, pois não faz qualquer sentido igualmente fático e lógico ostentar-se o *status* de morador sem casa!

No ordenamento jurídico brasileiro, já a gestão das águas subterrâneas enfrenta desafio ainda maior do que o desafio de proteger os recursos ambientais não visíveis, pois são águas ocultas, e, além disso, a discussão das águas subterrâneas está ligada a dois recursos de enorme valor econômico e de interesse político, que são a água e o solo.

Além de serem ocultas, as águas subterrâneas ainda padecem do fato de que sua compreensão depende de estudos científicos e sofisticados. Ademais, em razão de serem ocultos os tratados recursos hídricos, os aquíferos não possuem apelo social, o que reflete na esfera política, de forma que as águas subterrâneas tornam-se ainda mais vulneráveis diante da ação humana.

No que diz respeito à competência relacionada às águas subterrâneas, se por um lado, de acordo com o art. 21, XIX, da Constituição da República, compete à União instituir o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso, por outro lado, no que concerne à competência formal, estabelece o art. 22, IV, também da Constituição, que compete à União legislar sobre águas, sendo que no mesmo dispositivo permite-se, por meio de Lei Complementar, que os Estados legislem sobre a água, ao que se deve destacar que a competência para legislar em matéria de águas não pode ser confundida com aquela estabelecida para legislar e administrar as águas no viés ambiental, pois todos os entes federados têm competência para proteger o meio ambiente, enquanto compete concorrentemente ao três entes federados legislar sobre a defesa dos recursos naturais.

Na Constituição de 1988 a União e os Estados dividem o domínio das águas, de modo que são bens da União os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais, ao passo que sob o domínio do Estado estão as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União.

Depreende-se das normas constitucionais que as águas subterrâneas não sofrem alteração no seu domínio tendo em conta a sua extensão, pelo que independentemente dos limites dos aquíferos as águas subterrâneas pertencerão aos Estados.

Assim, diferentemente do que ocorria sob a égide do Código Civil de 1916 e antes do advento da atual Constituição, com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, influenciado pelo movimento de constitucionalização do direito privado, deixou-se de prescrever que as águas subterrâneas pertencem ao proprietário do terreno.

3. O Direito Fundamental à Moradia

De acordo com José Afonso da Silva (2013: p. 317), numa concepção absolutamente conservadora, o direito à moradia consiste em ocupar um lugar como residência; ocupar uma casa, apartamento etc., para nele habitar e residir com *animus* de permanência, na condição

de recôndito para abrigar a família.

Antes da Emenda Constitucional n.º 26 de 2000, a Constituição da República previa, no art. 23, inciso IX, apenas que compete à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico.

Com o advento da referida Emenda à Constituição, o direito à moradia passou a fazer, expressamente, parte do catálogo de direitos fundamentais sociais.

O direito à moradia, verdadeiramente, é um direito complexo, de cunho social, que não pode ser reduzido ao simples direito ter uma casa para habitar, em que pese também assim o seja. Na verdade, o direito à moradia tem estreita relação com a dignidade da pessoa humana elevada ao *status* de fundamento da República Federativa do Brasil, conforme dispõe o art. 3º, inciso III, sendo, inclusive, por força desse fundamento da República, um direito que, para ser efetivo, deve ser harmonizado, por exemplo, com o direito o meio ambiente, conforme se apresenta o caso concreto.

Tem-se que o direito à moradia é um direito fundamental tanto quanto o é o direito ao meio ambiente, sendo que não vem em questão neste artigo a questão relacionada à eficácia do direito à moradia, a qual, por si só, permite extenso debate.

4. O Aquífero Rio Branco Enquanto bem Ambiental Fundamental a ser Tutelado: a Colisão de Direitos Fundamentais

O Aquífero Rio Branco vem a ser um recurso hídrico subterrâneo, que, conforme recente estudo, tem capacidade para abastecer aproximadamente 1.000.000 (um milhão) de habitantes, constituindo-se na única fonte alternativa para o abastecimento de água na Capital do Estado do Acre, onde a fonte de captação atual, o Rio Acre, encontra-se em flagrante processo de colapso.

Por se estar tratando da região amazônica, na qual ainda se destaca a exuberância de mananciais de água doce, que levam a pensar em abundantes cursos hídricos caudalosos, muitos não são perenes, grande parte deles sofre considerável alteração anual, em razão da sazonalidade, da alternância de longos períodos secos, sucedidos por períodos de intensa pluviosidade. No Acre, o rio transfronteiriço que corta a região leste do Estado, o rio Acre, apresenta significativa variação em seu volume de água, a depender da época do ano. Em período chuvoso, tanto em razão do volume d'água proveniente de suas cabeceiras, quanto em razão do severo assoreamento pelo qual passa, esse rio anualmente provoca enchentes. Por outro lado, no período de estiagem, tanto em razão dos baixos índices pluviométricos, quanto da degradação de seus tributários, que estão sendo apropriado pela pecuária e piscicultura, o rio Acre agoniza, colocando em alerta o sistema de captação para o consumo na Capital.

Assim sendo, enfocando-se a capital do Estado, Rio Branco, a cidade conta apenas com a atual fonte de captação de água para o sistema de abastecimento urbano, o Rio Acre, um rio, aliás, internacional, que, no Brasil, precisamente no Acre, conta com suas margens devastadas, comprometidas sobretudo pela atividade pecuária e pelo crescimento absolutamente desordenados das pequenas cidades existentes neste Estado.

O Rio Acre, em Rio Branco, passa praticamente todo o período com o nível de suas águas

abaixo dos 2m (dois metros), sendo nesse momento que as suas águas sofrem mais intensamente os efeitos da contaminação, decorrente principalmente de desague de esgoto *in natura*, uma vez que é praticamente irrelevante o tratamento de esgoto na Capital, e esse lançamento, somado ao significativo assoreamento que vem sofrendo, decorrente da ação antrópica, com a destruição da mata ciliar e, ainda, por causa natural, em razão ser considerado geologicamente um rio jovem, que ainda está a definir seu leito definitivo. Evidentemente, essa sinergia de fatores acima descritos, leva à situação que efetivamente verifica-se na atualidade: um rio à beira do colapso.

Nesse sentido, o Aquífero Rio Branco, que não se encontra protegido no campo legal, enquanto recurso hídrico subterrâneo, ostenta a frágil condição de ser a única futura fonte de captação de água para o consumo humano na capital do Estado do Acre.

Todavia, em que pese a relevância ambiental do Aquífero Rio Branco, tal recurso encontra-se, paradoxalmente, severamente ameaçado pelo empreendimento do estado do Acre denominado Cidade do Povo, cujas obras estão em andamento, em que pese, constitucionalmente, as águas subterrâneas estejam sob o domínio dos Estados.

Ao mesmo tempo que políticas públicas estão voltadas para por em prática o recém elaborado Plano Estadual de Gerenciamento de Recursos Hídricos, com uma caminha a passos largos, rumo à regulamentação da outorga, para permitir a exploração do Aquífero Rio Branco, na contramão, pretende-se adensar a ocupação da área, com a implantação do Projeto Cidade do Povo, em visível conflito de interesses.

Com efeito, o Estado do Acre, por intermédio da Secretaria de Estado de Infraestrutura e Obras Públicas - SEOP, está atualmente construindo, com recursos públicos, dentro do segundo distrito da capital do Estado do Acre, Rio Branco, 10.659 (dez mil, seiscentas e cinquenta e nove) unidades habitacionais, no âmbito do Programa de Habitação Minha Casa Minha Vida II.

Para se compreender a dimensão desse empreendimento destinado a construir unidades residenciais populares, a segunda maior cidade do Estado do Acre tem praticamente o mesmo número de habitantes que viverão somente na Cidade do Povo, sem se olvidar do impacto de vizinhança que esse empreendimento ocasionará.

Mas isso não é tudo, pois o empreendimento está situado em parte sobre a área do Aquífero e noutra parte sobre sua área de recarga, sendo vizinho do Distrito Industrial e, ademais, encontra-se situado dentro do segundo distrito de Rio Branco, uma área pobre e pouco urbanizada, caracterizada pela ausência de coleta e de tratamento de esgoto, por invasões urbanas e pelo crescimento desordenado.

Para a edificação do empreendimento denominado Cidade do Povo o Estado do Acre promoveu a desapropriação, mediante Escritura Pública de Desapropriação Amigável, lavrada em 20 de março de 2012, no 2.º Tabelionato de Notas desta Comarca de Rio Branco, de uma área rural de 639,2644 ha, situada na BR 364, Km 05, no município de Rio Branco, matriculada no 1.º Cartório de Registro de Imóveis sob o n.º 30.176, pertencente a particulares, pelo valor de R\$ 15.986.712,69 (quinze milhões, novecentos e oitenta e seis mil, setecentos e doze reais e sessenta e nove centavos).

Em que pese nem fosse objeto do Inquérito Civil, naquele momento em que o Ministério Público iniciou a investigação, a questão referente à reserva legal da área desapropriada para a construção do projeto Cidade do Povo, anteriormente, uma fazenda, situada na zona rural do município de Rio Branco, já chamava a atenção, pois o fato é que a reserva legal, antes

mesmo da entrada em vigor do atual Código Florestal, foi averbada em uma propriedade situada em outra bacia hidrográfica distante de Rio Branco.

De qualquer forma, a preservação do Aquífero Rio Branco ficava ainda mais difícil, considerando-se, inclusive, a urgência em edificar a Cidade do Povo demonstrada pelo Estado do Acre dia após dia.

As duas Recomendações formuladas pelo Ministério Público não restaram observadas, de modo que foram propostas duas ações civis públicas, uma destinada a tratar do licenciamento ambiental prévio e outra, do licenciamento ambiental de instalação do empreendimento Cidade do Povo. Outrossim, foi proposta uma ação de improbidade administrativa, sendo que, no âmbito criminal, foram ajuizadas duas ações penais decorrentes da prática de crimes.

Fica claro no caso em tela que as questões ambientais, inclusive o princípio da precaução, aplicável na tutela do meio ambiente para os casos de incerteza científica, foram incapazes de sensibilizar a todos os sujeitos envolvidos no projeto Cidade do Povo: o próprio Estado do Acre, que tem o domínio desse recurso hídrico subterrâneo e competência para protegê-lo, o órgão licenciador ambiental do Estado, que, em que pese tenha no momento do procedimento administrativo destinado ao licenciamento ambiental prévio, inicialmente, rejeitado o EIA/RIMA, feito em absoluta desconformidade com a legislação em vigor, após dois pareceres de rejeição, num terceiro parecer, sem fundamentação, embora seja essa uma exigência constitucional, aprovou o EIA/RIMA, o que resultou na expedição das duas licenças ambientais, primeiramente, a prévia e, à frente, de instalação; e, até o presente momento, o Poder Judiciário, que vem decidindo influenciado, evidentemente, pelo paradigma consequencialista desenvolvido por Lorenzetti (2010: p. 305-311), ou seja, pensando nos custos econômicos e sociais relacionados à possibilidade de se decidir em prejuízo do direito à moradia.

5 A Colisão Entre Direitos Fundamentais no Caso do Aquífero Rio Branco

Interessa, efetivamente, neste artigo, demonstrar que há uma evidente colisão de direitos fundamentais, no caso concreto.

É, nesse sentido, já esperado que num sistema jurídico aberto, caracterizado pela coerência e unidade, apto a admitir que as normas jurídicas são constituídas por regras e princípios, podem ocorrer conflitos entre regras, colisão entre princípios, colisão entre regras e princípios e colisão entre direitos fundamentais.

Sabidamente, os conflitos entre regras **aplicáveis ao mesmo fato** devem ser solucionados por meio das regras de antinomia, utilizando-se o método formal-dedutivo, conforme ensina Lorenzetti (2010: p. 210-212), que toma como referência Norberto Bobbio.

No conflito entre regras a discussão se dá sobre a validade de uma dessas normas, sendo que, nesse caso, se não puder ser solucionado o conflito por uma cláusula de exceção, certamente uma das regras necessariamente deverá ser invalidada.

Segundo Robert Alexy:

Um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida. (2012: p. 92)

Quando, por sua vez, se está diante de uma colisão de princípios, a situação, evidentemente, não será de invalidação de um desses, pois, tal como ensina Robert Alexy

(2012: p.90), os princípios são “mandados de otimização”.

Lorenzetti (2010: p. 2012), que, nesse tocante, segue Alexy, diz que princípios são mandados de otimização, o que significa que a aplicação de um princípio não é absoluta. Deve, assim, em face dessa colisão, haver sopesamento entre os princípios, em face da existência do que Lorenzetti (2010: p. 214) denomina de campo de tensão, devendo ser realizada a ponderação para saber qual princípio prevalecerá, sem que se fale em invalidação de princípio. Na colisão de princípios, vale dizer, não se trata de invalidar um deles para a aplicação de outro, de modo que não são aplicáveis as regras de antinomia.

Para a solução da colisão de princípios apresenta a doutrina o princípio da proporcionalidade como parâmetro para a aplicação do Direito ao caso concreto.

Se houver, por sua vez, colisão entre regra e princípio constitucional (e até entre regra e princípio infraconstitucional fundado em princípio constitucional) a solução poderá ser: na colisão de um princípio com uma regra constitucional, prevalece a regra; na colisão de um princípio, com uma regra baseada em princípio constitucional deve ser ponderado no caso concreto, qual norma prevalece, conforme o método aplicado na colisão de princípios; na colisão de um princípio com uma regra não baseado em princípio constitucional, prevalece o princípio.

No caso ora descrito, está-se, evidentemente, diante de colisão entre dois direitos fundamentais, o direito ao meio ambiente e o direito à moradia. Nesse caminho, impende lembrar que, conforme explica Lorenzetti (2010: p.82), a Constituição é uma norma jurídica, não podendo ser considerada como uma simples carta política, sendo que na Constituição estão materializados os mais diversos anseios e interesses sociais.

Conforme preleciona Lorenzetti (2010: p.), diante de uma colisão entre direitos fundamentais, é preciso verificar se há conflito entre regras, colisão entre princípios ou entre princípios e regras.

Quando há colisão entre regras e princípios, também já é pacífica a prevalência dos princípios, uma vez que os estes são normas de caráter geral e fundamental e as aquelas não têm esse caráter generalista.

Contudo, cabe salientar que em alguns casos muito específicos, as regras devem ser aplicadas em detrimento dos princípios justamente pela sua especificidade.

Quando se trata de colisão de direitos fundamentais, a doutrina específica que divide-se em concorrência de direitos fundamentais, colisão de direitos fundamentais e colisão entre um direito fundamental e um bem jurídico tutelado.

Sobre a concorrência de direitos fundamentais diz Canotilho que:

(...) ela pode se manifestar sob duas formas: a) cruzamento de direitos fundamentais, que acontece quando o mesmo comportamento de um titular é incluído no âmbito de proteção de vários direitos, liberdades e garantias e; b) acumulação de direitos, hipótese que um determinado bem jurídico, leva à acumulação, na mesma pessoa, de vários direitos fundamentais. (1999: p. 287)

Quando se trata de concorrência de direitos fundamentais, portanto, há um titular de direito e mais de um direito fundamental expresso que concorrem.

Canotilho, que diferenciou concorrência de colisão de direitos fundamentais, ensina que:

Considera-se existir uma colisão autêntica de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte de seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular...A colisão de direitos em sentido impróprio tem lugar quando o

exercício de um direito fundamental colide com outros bens constitucionalmente protegidos. (2003; p.1270)

Nessa linha, deve-se dizer que a colisão de direitos fundamentais acontece quando direitos fundamentais colidem ou quando um direito fundamental colide com bens constitucionalmente protegidos.

A doutrina cogitou, ademais, da colisão de direitos fundamentais em sentido estrito e da colisão de direitos fundamentais em sentido amplo, que ocorrem, respectivamente, quando o exercício ou a realização do direito fundamental de um titular de direitos fundamentais tem consequências negativas sobre direitos fundamentais de outros titulares de direitos fundamentais e quando há uma colisão de direitos individuais fundamentais e bens coletivos protegidos pela Constituição.

De qualquer forma, a solução para a colisão de direitos fundamentais tal como está perfeitamente indicado no caso concreto do Aquífero Rio Branco, é ponderação de direitos. Esta técnica da ponderação defendida por Ronald Dworkin (2002: p. 40-42) - que, ao tratar dos princípios, assevera que possuem uma dimensão de peso ou importância que as regras não têm, de modo que, em caso de colisão, o que tiver maior peso se sobreporá ao outro, sem que este perca a sua validade -, de acordo com Canotilho (1999: p.1195) pode, aliás, ser efetivada tanto no legislativo quanto no judiciário.

Uma vez que não existem direitos fundamentais absolutos, delimitado o âmbito de proteção dos direitos fundamentais e constatada a existência de colisão de direitos fundamentais, verificada a presença de posições antagônicas, deve-se realizar a compatibilização entre os direitos fundamentais, mediante o emprego do princípio da proporcionalidade.

Desse modo, por meio de juízos comparativos de ponderação dos direitos envolvidos no caso concreto, deverá ser providenciada a sua harmonização, a qual poderá resultar na redução proporcional do âmbito de aplicação de ambos os direitos fundamentais, a denominada colisão com redução bilateral, na redução de apenas um dos direitos fundamentais, ou seja, na colisão com redução unilateral, se impossibilitada a redução bilateral.

Quando operada a redução bilateral, ambos os titulares de direitos fundamentais experimentarão limitação em seus direitos em benefício da preservação desses.

Já se houver redução unilateral, será possível o exercício conjugado de direitos fundamentais, por meio da relativização de apenas um dos direitos colidentes, tendo em conta que, sem essa relativização visa impedir a neutralização do direito que não sofre redução.

Pode ocorrer, outrossim, no caso concreto, em que a colisão implique na exclusão do exercício de um direito fundamental em função de outro direito igualmente fundamental, porquanto a realização concomitante dos direitos em colisão é impossível, em face de que o exercício de um direito exclui o exercício de outro, devendo-se optar pelo direito que se encontra, no caso concreto, mais sujeito a uma grave lesão.

Nessa situação, haverá uma colisão excludente, a qual, todavia, não deve ser adotada como primeira ou segunda hipótese de solução da colisão entre direitos fundamentais, devendo ser adotada como a última opção.

A respeito dessas modalidades de colisão de direitos fundamentais, diz Canotilho:

Os exemplos anteriores apontam para a necessidade de as regras do direito constitucional de conflitos deverem construir-se com base na harmonização de direitos, e, no caso, de isso ser necessário, na prevalência (ou relação de prevalência) de um direito ou bem em relação a

outro (D1 P D2). Todavia, uma eventual relação de prevalência só em face das circunstâncias concretas se poderá determinar, pois só nestas condições é legítimo dizer que um direito tem mais peso do que o outro (D1 P D2)C, ou seja, um direito (D1) prefere (P) outro (D2) em face das circunstâncias do caso (C)” (os grifos constam no original). (1999: p. 1194)

O princípio da ponderação ou proporcionalidade possui três subprincípios, os quais são a necessidade, a adequação, a necessidade e a ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito.

A necessidade impõe que, na colisão de direitos, a solução a ser adotada deve ser aquela que traga menos prejuízo aos envolvidos e também à coletividade.

A adequação diz respeito à propriedade da restrição de direito fundamental ao fim a ser alcançado.

De acordo com a ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito os direitos fundamentais em colisão devem ser analisados no caso concreto, com a finalidade de alcançar um resultado que seja satisfatório, de forma que o direito limitado seja menos oneroso do que o direito que deverá preponderar.

Diante disso, o que se impõe asseverar é que, no caso do Aquífero Rio Branco fica demasiadamente evidente que a questão principal a ser discutida é a colisão de direitos fundamentais ao meio ambiente e à moradia, sobre o qual deve ser aplicada a ponderação de direitos.

Nesse caminho, embora as decisões judiciais até o presente momento proferidas silenciem sobre o método da ponderação utilizável para o caso de colisão de direitos fundamentais, a proporcionalidade em estrito senso, a necessidade e a adequação deveriam ser analisadas, com o propósito de definir se deverá haver uma redução bilateral ou unilateral de direitos fundamentais ou se será o caso de uma colisão excludente.

O caso concreto traz as circunstâncias que devem ser apreciadas na ponderação. E, assim, tem-se de um lado o direito à moradia, direito fundamental que é, sobre o qual se deve dizer que o Estado do Acre não possui déficit no número de moradias; o Acre, um Estado pobre e sem atividade econômica forte, caracteriza-se por déficit na qualidade das moradias, havendo programas estatais de regularização fundiária urbana, por meio do qual os acreanos, recebem os títulos de propriedade de seus imóveis. Há, inclusive, um documento por meio do qual foi constatado o déficit de qualidade das moradias. Nesse sentido, é importantíssimo apontar que o programa do governo federal, Minha Casa Minha Vida, destina-se não apenas a permitir a construção de novas moradias, como também estabelece a possibilidade de requalificação das moradias já existentes. A isso se deve frisar que não há qualquer estudo ou pesquisa que comprove a existência de famílias que nasceram e cresceram nas ruas no Estado, até porque a invasão de áreas urbanas foi historicamente utilizada como meio de acesso à moradia no Estado, como forma de compelir o Estado e reconhecer e conferir relevância no tratamento da questão da moradia.

Por outro lado, tem-se o direito ao meio ambiente a ser tutelado como forma de assegurar o direito à vida, pois a cidade de Rio Branco, que cresce desordenadamente, depende do Rio Acre como fonte de captação de água para tratamento e distribuição. O Rio Acre, conforme estudos recentes, encontra-se em processo de colapso iminente. Como já mencionado, matas ciliares destruídas, lançamento de esgoto *in natura*, desmatamento das áreas de floresta às margens do Rio Acre pela atividade agropecuária atuam no sentido de ocasionar danos ambientais de difícil reparação ao referido recurso hídrico.

Não é demasiado apontar que o Aquífero Rio Branco vem a ser um recurso hídrico subterrâneo que tem capacidade para abastecer 1.000.000 (um milhão) de habitantes, constituindo, além disso, na única fonte alternativa para o abastecimento de água na Capital do Estado do Acre, onde a fonte de captação atual, o Rio Acre, encontra-se em flagrante processo de colapso. Ademais, o Aquífero, cujas águas comunicam-se com o próprio Rio Acre, o que, ao mesmo tempo que o fortalece, o fragiliza, está sujeito a ser ainda mais poluído, pois o empreendimento Cidade do Povo ainda não apresentou solução para o tratamento do esgoto das mais de dez mil unidades residenciais a serem construídas em parte na área de recarga e noutra sobre o próprio Aquífero.

Na ponderação de direitos, neste caso, deve ser levado em consideração que estudos realizados pela CPRM – Serviço Geológico do Brasil, que não se confundem com o Estudo de Impacto Ambiental - rejeitado duas vezes pelo órgão ambiental e admitido na terceira sem a devida fundamentação -, apontam para o fato de que o solo sobre o Aquífero possibilita a fácil contaminação desse recurso hídrico subterrâneo. Soma-se a isso o fato de que, como o Estudo de Impacto Ambiental foi um mero compilado fontes secundárias, no qual não foi realizado estudo geológico destinado a compreender o Aquífero e os reflexos do empreendimento Cidade do Povo para o próprio recurso hídrico e para sua área de recarga, inexistindo qualquer certeza científica sobre os impactos ambientais da obra sobre o Aquífero Rio Branco, tendo em conta que o volume das águas naquela região oscila ao longo das duas estações verão e inverno amazônico.

É de se esperar que não apenas o Poder Judiciário, como o Poder Legislativo, no exercício do processo legislativo, e também o Poder Executivo nas três esferas, Municipal, Estadual e Federal, que deve zelar pelo meio ambiente, realizem a ponderação de direitos fundamentais, coadunados com a ordem jurídica instituída pela Constituição da República. Isso, todavia, inocorreu no caso concreto.

Assim, é bastante admissível pensar que, primeiramente, o Poder Executivo Estadual devesse ter, sem abrir mão dos recursos financeiros que seriam obtidos para edificação do Cidade do Povo, selecionado outro local para a construção do empreendimento, de forma que não haveria aniquilamento do direito ao meio ambiente.

O Poder Judiciário, por sua vez, de modo grave, até o presente momento, deixou de enfrentar a ponderação de direitos fundamentais, mesmo diante das provas colhidas no curso da investigação civil realizada pelo Ministério Público. Diferentemente disso, as decisões referidas estão imbuídas de uma carga valorativa e abstrata francamente voltada para as consequências econômicas de uma possível não implementação do empreendimento Cidade do Povo.

Nessa linha, as decisões deixaram de enfrentar a colisão de direitos fundamentais, oportunidade em que poderia, perfeitamente, após apreciar a pertinência da redução bilateral em face da possibilidade de compelir o Estado a apresentar e executar solução de tratamento de esgoto, realizar uma redução unilateral, por meio da qual seria possível o exercício conjugado dos direitos fundamentais em colisão. No caso concreto, relativizando apenas um dos direitos colidentes, o direito à moradia, tendo em conta que, sem essa relativização visa impedir a neutralização do direito que não sofre redução, o direito ao meio ambiente. Aqui, poder-se-ia, ao mesmo tempo tutelar o Aquífero Rio Branco e determinar o Estado a executar o empreendimento habitacional em outra área, respeitadas as leis ambientais e urbanísticas

Enquanto nada disso ocorre, o Aquífero Rio Branco permanece legado ao mais completo

abandono por parte do Estado do Acre, que deve gerir esse fundamental recurso hídrico.

No que concerne à proteção dos aquíferos, tem-se a Resolução CONAMA n.º 420, de 28/12/09, que dispõe sobre critérios e valores orientadores de qualidade do solo quanto à presença de substâncias químicas e estabelece diretrizes para o gerenciamento ambiental de áreas contaminadas por essas substâncias em decorrência de atividades antrópicas; a Lei Federal n.º 9.433, de 8/01/97, que institui a Política Nacional de Recursos Hídricos e cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos; a Resolução CNRH Nº 91, DE 5/11/08, a qual dispõe sobre procedimentos gerais para o enquadramento dos corpos de água superficiais e subterrâneos; a Resolução CNRH n.º 92, de 5/11/08, que estabelece critérios e procedimentos gerais para proteção e conservação das águas subterrâneas no território brasileiro, e a Resolução CONAMA n.º 396, de 03/04/08, que dispõe sobre a classificação e diretrizes ambientais para o enquadramento das águas subterrâneas e dá outras providências.

O Aquífero Rio Branco vem sendo explorado desordenadamente por particulares e, agora, está exposto mais do que nunca a riscos de contaminações decorrentes da implantação do empreendimento Cidade do Povo. A ausência de um marco legislativo estadual para o Aquífero pautado na necessidade de sua proteção e a completa falta de regulamentação de uso não eximem o governo do Estado do Acre e a sociedade acriana da responsabilidade de defender e preservar o meio ambiente, conforme disposto no artigo 225 da Constituição da República. Essa realidade aponta à necessidade de que sejam adotadas medidas de proteção urgentes a fim de se assegurar que as águas desse grande aquífero garantam a vida e gerem riquezas para os povos que ele abastece.

Vem sendo negligenciado, sobretudo pelo Estado do Acre, o fato de que a prevenção e o controle da poluição relacionados ao Aquífero Rio Branco estão sendo diretamente relacionados aos usos e classes de qualidade de água exigidos para um determinado corpo hídrico subterrâneo, e, ademais, que promover a proteção da qualidade dessas águas subterrâneas, se poluídas ou contaminadas, encontra como saída a remediação cara e lenta.

Portanto, encontrar um marco legal que vise primeiramente a proteção e, em seguida, os meios de gestão sustentável das águas contidas no Aquífero Rio Branco deveriam ser prioridades do Estado do Acre, pois a realidade aponta para a necessidade de que sejam adotadas medidas de proteção urgentes a fim de se assegurar que as águas desse importante aquífero garantam a vida.

6. Conclusão

É forçoso concluir que a ponderação de direitos fundamentais é método indispensável não apenas ao Poder Judiciário como também ao Poder Legislativo, quando do exercício de seu poder legiferante e, sobretudo no caso de se tratar de meio ambiente, ao Poder Executivo, quando se está diante de colisão de direitos fundamentais, hipótese em que a colisão de direitos com redução bilateral deve ser perquirida como a primeira hipótese possível, colocando-se como segunda opção a redução unilateral e, como derradeira opção a redução excludente, tendo-se sempre como meta a harmonização de direitos fundamentais, tendo igualmente sempre em vista que, existindo direitos fundamentais, é imprescindível dar argumento razoável e racional para que haja limitação desses direitos fundamentais.

Ao contrário disso, no caso do Aquífero Rio Branco não houve qualquer preocupação com a ponderação de direitos fundamentais, primeiramente por parte do Estado do Acre, ente público

que, constitucionalmente, tem o domínio do indicado recurso hídrico subterrâneo, sem olvidar do próprio órgão licenciador, nem do Poder Judiciário, que até o momento desconsiderou a colisão de direitos fundamentais e decidiu sob o evidente amparo do paradigma consequencialista, preocupado exclusivamente com os custos econômicos e sociais relacionados à possibilidade de se decidir em prejuízo do direito à moradia.

Por derradeiro, não se pode deixar de apontar a necessidade premente de se legislar com a finalidade de proteger o Aquífero Rio Branco e sua área de recarga, tendo em vista que a proteção desse recurso hídrico, em razão de sua relevância para a vida devidamente demonstrada neste trabalho, é pressuposto para assegurar a dignidade da pessoa humana.

7. Bibliografia

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.
- ALEXY, Robert. “Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático”. *Revista de Direito Administrativo*. n. 217. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 69.
- BARROSO. Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)”. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Revista dos Tribunais, 58: 130-173, 2007.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 de junho de 2013.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed., 9ª reimpressão. Coimbra: Editora Almedina, 2003.
- CRISTÓVAM, José Sergio da Silva. “A resolução das colisões entre princípios constitucionais”. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/101888/220981.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 22 de setembro de 2013.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e notas por Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial*. Tradução de Bruno Miragem. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.
- MELO JUNIOR, H.R. de; ROSA FILHO, S.; KUNZLER, J.C.S. Modelo de gestão do aquífero Rio Branco. Porto Velho: CPRM, 2010.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Teoria da Constituição*. 1ª ed., Belo Horizonte: Initia Via, 2012.
- ROLIM, Luciano Sampaio Gomes. “Uma visão crítica do princípio da proporcionalidade”. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 56, 1 abr. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2858>>. Acesso em: 22 de setembro de 2013.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de Interesses na Constituição Federal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 36ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(em) crise*. 11ª ed., revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

VILLAR, P. C. *Gestão das Áreas de Recarga do Aquífero Guarani: o caso do município de Ribeirão Preto, São Paulo*. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Ciência Ambiental da Universidade de São Paulo. Nov. 2008. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/90/90131/tde-26052010-100627/>>. Acesso em: 16 de junho de 2009.

ZAVASCKI, Teori Albino. “Antecipação de Tutela e a Colisão de Direitos Fundamentais”. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15394-15395-1-PB.pdf>>. Acesso em 20 de setembro de 2013.

¹ Promotora de Justiça, titular da Promotoria Especializada de Defesa do Consumidor.

² Promotora de Justiça, titular da Promotoria Especializada de Defesa do Meio Ambiente da Bacia Hidrográfica do Baixo Acre.

O Artigo 12 da Lei Nº 11.428/2006 e o Dever de Escolha de Área Substancialmente Alterada ou Degradada para Implantação de Empreendimento no Bioma Mata Atlântica.

Alexandre Gaio¹

1. Justificativa

Não obstante o porcentual de áreas de remanescentes de vegetação de Mata Atlântica² no Brasil seja mínimo (aproximadamente sete por cento da cobertura original³) e que esse mínimo seja imprescindível para a manutenção de significativa biodiversidade no planeta e para a qualidade de vida e da própria vida da maior parte da população brasileira⁴, os desmatamentos, ocupações e degradações dos citados remanescentes continuam a ocorrer.

No meio rural, o agronegócio, a pecuária extensiva, a silvicultura e a implantação de centrais de produção hidrelétricas vêm, de modo incessante, captando novas áreas para produção em substituição aos remanescentes da Mata Atlântica. Nas zonas urbanas, não há como se olvidar que a maior parte da população brasileira se encontra nas áreas de domínio da Mata Atlântica e que há forte pressão não somente para a expansão urbana, mas também a existência de diversos interesses econômicos (comerciais, industriais, imobiliários e turísticos) que pretendem a supressão de seus remanescentes de vegetação ainda preservados ou em fase de recuperação.

Em levantamento dos remanescentes de Mata Atlântica do Brasil realizado em conjunto pelo Instituto Nacional de Pesquisa Espaciais (INPE) e pela Fundação SOS Mata Atlântica, tendo como referência temporal apenas o período compreendido entre os anos de 2008 e 2010, constatou-se que houve nesse período o desmatamento de 31.195 hectares de Mata Atlântica, ou 311,95 km², sendo que, destes, 234 hectares se referem à supressão de vegetação de restinga e 17 hectares à supressão de vegetação de mangue.⁵ Registre-se que o Atlas dos Remanescentes Florestais da Mata Atlântica informou, por exemplo, que houve o desmatamento de 775 hectares de Mata Atlântica na região de Curitiba e sua região metropolitana apenas no período compreendido entre os anos de 2008 e 2010⁶.

É nesse contexto que, no âmbito da Lei nº 11.428/2006, que dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do bioma Mata Atlântica, pretende-se analisar a determinação existente no seu artigo 12, para que os novos empreendimentos, que impliquem o corte ou a supressão de vegetação do bioma Mata Atlântica, sejam implantados preferencialmente em áreas já substancialmente alteradas ou degradadas, isto porque a sua adequada aplicação pode significar em um instrumento legal central para a proteção dos remanescentes de vegetação desse bioma, especialmente dos remanescentes de vegetação primária e de

vegetação secundária em estágio avançado e médio de regeneração e para a efetividade do direito fundamental ao meio ambiente.

2. Do dever de proteção e recuperação dos remanescentes de vegetação do bioma Mata Atlântica.

A Constituição Federal de 1988, além de prescrever o dever genérico de defesa e preservação do meio ambiente⁷ e a observância dos princípios que estatuem a primariedade do meio ambiente e a exploração limitada da propriedade⁸, atribuiu diversas obrigações positivas à sociedade e ao Poder Público, dentre elas: a) o dever de proteger os espaços territoriais⁹ e seus componentes, tais como a Mata Atlântica¹⁰; b) a observância da vedação de qualquer utilização do bioma Mata Atlântica (espaço territorial especialmente protegido) que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção¹¹; c) o dever de promover a restauração dos seus processos ecológicos essenciais e de prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas¹²; d) o dever de preservar a diversidade e integridade do patrimônio genético do País¹³; e) o dever de exigir estudo de impacto ambiental para implantação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação ambiental¹⁴; f) e o dever de proteger a fauna e a flora, vedando-se as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, que provoquem a extinção das espécies ou que submetam os animais a crueldade¹⁵.

O dever de proteção da Mata Atlântica se tornou ainda mais expresso, diante do disposto no artigo 225, § 4.º, da Constituição Federal de 1988, que atribui à Mata Atlântica o *status* de “patrimônio nacional” e determinou que a sua utilização apenas pode ocorrer, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

De acordo com esses comandos constitucionais, a lei que regula a proteção, o uso e a exploração do bioma Mata Atlântica deve propiciar a efetiva proteção da integridade dos remanescentes de vegetação desse bioma e a sua recuperação e restauração por meio da formação de novos remanescentes. Após a vigência do Decreto nº 99.547/90 e do Decreto nº 750/93, que trataram do tema pelo período de dezesseis anos, editou-se a Lei nº 11.428/2006, que dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do bioma Mata Atlântica.

A Lei nº 11.428/2006, editada com um formato analítico, colacionou princípios e objetivos em relação ao regime jurídico do bioma Mata Atlântica. Esses princípios e objetivos assumem relevante importância, na medida em que funcionam não somente como verdadeiros vetores para as políticas de sua preservação e conservação da Mata Atlântica, mas também como normas jurídicas, além de exercerem o papel de verdadeiras referências às demais normas em sua aplicação e interpretação.

Assim, o artigo 6.º, § único, da Lei nº 11.428/2006, estatui que, na proteção e na utilização do bioma Mata Atlântica, deverão ser observados os seguintes princípios: função socioambiental da propriedade, equidade intergeracional, prevenção e precaução, usuário-pagador, transparência das informações e atos, gestão democrática, celeridade

procedimental, gratuidade dos serviços administrativos prestados ao pequeno produtor rural e às populações tradicionais e direito de propriedade. Esses princípios arrolados repetem basicamente as normas e princípios constantes na Constituição Federal de 1988 no tocante ao respeito do meio ambiente como condição para o exercício do direito de propriedade e de atividades econômicas e a aplicação da prevenção e da precaução de danos ambientais, tudo para reafirmar o caráter transgeracional do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Percebe-se facilmente que o propósito principiológico da Lei n.º 11.428/2006 é de conseguir, no mínimo, manter o estado de vida da Mata Atlântica atualmente existente às futuras gerações. Em outras palavras, o que os aludidos princípios querem dizer é que não deve admitir de forma alguma é a diminuição qualitativa e quantitativa dos remanescentes atuais de Mata Atlântica existentes, com o intuito de garantir a vida e sobrevivência dos milhares de seres vivos que resistiram a séculos de degradação no território brasileiro, e, como consequência, assegurar o gozo de todos os seus múltiplos benefícios pelas gerações vindouras.

Essa conclusão é confirmada integralmente no primeiro objetivo estampado no artigo 7.º, inciso I, da Lei n.º 11.428/2006, qual seja o de que a proteção e utilização da Mata Atlântica deve ser realizada do modo a garantir “a manutenção e a recuperação da biodiversidade, vegetação, fauna e regime hídrico do Bioma Mata Atlântica para as presentes e futuras gerações”. Importante notar que o objetivo dessa lei não se restringe à manutenção da biodiversidade, vegetação, fauna e regime hídrico da Mata Atlântica, mas também à sua “recuperação”, o que evidencia um dever de avanço e melhoria da condição ambiental desse bioma e não de retrocesso.

Conforme análise desenvolvida no item seguinte, a adequada aplicação do artigo 12 da Lei nº 11.428/2006 pode ter o condão de evitar a destruição gradativa dos remanescentes de Mata Atlântica e, dessa forma, tornar efetivos os referidos princípios e objetivos.

3. Da interpretação e aplicação do artigo 12 da Lei nº 11.428/2006 – do ônus do empreendedor em demonstrar a ausência de áreas mais degradadas ou alteradas como condição indispensável para a decisão administrativa de apreciação do pleito de autorização para corte ou supressão de vegetação do bioma Mata Atlântica.

A Lei nº 11.428/2006, além de ter previsto definições, princípios e objetivos do regime jurídico do bioma Mata Atlântica, dispôs sobre as hipóteses vedadas e permissíveis de exploração, corte e supressão de sua vegetação e, em relação a essas hipóteses, diferenciou o tratamento conforme a vegetação, os estágios de sua regeneração, a finalidade da intervenção, a sua localização urbana ou rural, dentre outros fatores.

Independentemente das hipóteses vedadas e permissíveis de exploração, corte e supressão de vegetação do bioma Mata Atlântica, e dos seus diversos requisitos e pressupostos, o artigo 12 da Lei nº 11.428/2006 estatui que “os novos empreendimentos que impliquem o corte ou a supressão de vegetação do Bioma Mata Atlântica deverão ser

implantados preferencialmente em áreas já substancialmente alteradas ou degradadas”. A exegese desse dispositivo legal de modo harmônico com os princípios e objetivos da Lei nº 11.428/2006 e, em especial com a Constituição Federal de 1988, é fundamental para a proteção e recuperação dos remanescentes do bioma Mata Atlântica e para a tutela do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A primeira necessária observação é de que a expressão “deverão ser” prevista no artigo 12 demonstra claramente que se trata de regra cogente a que se devem submeter todos os empreendimentos, sem exceção, posteriores à data da publicação da Lei nº 11.428, qual seja a data de 26 de dezembro de 2006, que, para a sua implantação, necessitem do corte ou da supressão de vegetação do bioma Mata Atlântica. Importante observar que os “novos empreendimentos” abrangem as hipóteses de ampliação de empreendimentos instalados anteriormente à égide da Lei nº 11.428/2006.

A segunda observação é de que a locução “todos os empreendimentos” incluem os empreendimentos privados e públicos, independentemente da caracterização destes como detentores de utilidade pública ou interesse social, nos termos do artigo 3º, incisos VII e VIII, da Lei nº 11.428/2006. Assim, a título de exemplo, tanto uma indústria de produção de fertilizantes, como o loteamento do Poder Público para habitação de interesse social, se estiverem situados na área de abrangência do bioma Mata Atlântica, devem ser implantados preferencialmente em áreas já substancialmente alteradas ou degradadas.

A terceira observação decorre de um possível questionamento: se a regra do artigo 12 da Lei nº 11.428/2006 é cogente e submete todos os empreendimentos ao comando “deverão ser implantados”, qual é a razão para a inserção do termo “preferencialmente” em áreas substancialmente alteradas ou degradadas?

De início, o termo “preferencialmente” pressupõe o raciocínio de que a região pretendida pelo empreendimento possui áreas preservadas e degradadas, com a primazia destas para a implantação do empreendimento.

Contudo, o termo “preferencialmente” também denota a preocupação do legislador em não tornar a regra do artigo 12 da Lei nº 11.428/2006 inflexível frente a situações de extrema excepcionalidade, como, por exemplo, a necessidade de implantação estratégica de uma base operacional das Forças Armadas em um determinado e específico local do bioma Mata Atlântica, ao passo que a indicação de outro local tornaria inútil tal pretensão. Por óbvio que, em uma hipótese específica e singular como essa, o órgão público ambiental pode, de modo fundamentado, deixar de atribuir primazia a uma área substancialmente alterada ou degradada. Da mesma forma, haveria razoabilidade na mitigação da preferência da escolha pela área substancialmente alterada ou degradada se esta, por exemplo, localizar-se em área de entorno de Unidade de Conservação de proteção integral ou em local importante para o (re)estabelecimento de corredores de biodiversidade.

A quarta necessária observação é de que a regra do artigo 12 da Lei nº 11.428/2006 se aplica à vegetação do bioma Mata Atlântica, independentemente da vegetação ser primária ou secundária, e nesse caso, o estágio de sua regeneração (inicial, médio ou avançado). Essa conclusão é clara, na medida em que não houve, no dispositivo legal em comento, a restrição de sua aplicação a apenas determinadas manifestações ou estágios de regeneração da vegetação do bioma Mata Atlântica.

A quinta observação deve partir de um questionamento: o que são áreas substancialmente alteradas ou degradadas do bioma Mata Atlântica? Para possibilitar uma adequada resposta a

esse questionamento, é preciso fazer alusão às definições de vegetação primária, vegetação secundária e seus estágios de regeneração trazidos pela Resolução n.º 10, de 1º de outubro de 1993, do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA)¹⁶. De modo resumido, pode-se apontar as seguintes definições de vegetação do bioma Mata Atlântica:

- a) vegetação primária: vegetação de máxima expressão local, com grande diversidade biológica, sendo os efeitos das ações antrópicas (humanas) mínimos, a ponto de não afetar significativamente suas características originais de estrutura e de espécies¹⁷.
- b) vegetação secundária (ou em regeneração): vegetação resultante dos processos naturais de sucessão, após supressão total ou parcial da vegetação primária por ações antrópicas (humanas) ou causas naturais, podendo ocorrer árvores remanescentes da vegetação primária¹⁸.
- c) vegetação secundária em estágio avançado de regeneração: vegetação com elevado índice de diversidade biológica e complexidade estrutural, onde predominam as manifestações mais altas (altura média superior a doze metros e diâmetro médio superior a quatorze centímetros), com copas horizontalmente amplas e relativamente uniformes. Essa vegetação normalmente alcança esse estágio depois de quinze anos de regeneração natural da vegetação, podendo levar de 60 a 200 anos para alcançar novamente o estágio semelhante à floresta primária.
- d) vegetação secundária em estágio médio de regeneração: vegetação com índice de diversidade biológica e altura maior (altura média de doze metros e diâmetro médio de quinze centímetros) que aquela encontrada no estágio inicial de regeneração. As árvores e arbustos já predominam sobre as ervas e é possível visualizar camadas diferenciadas de vegetação e subosque (uma camada de arbustos que se forma abaixo da copa das árvores mais altas).
- e) vegetação secundária em estágio inicial de regeneração: vegetação com índice mais baixo de diversidade biológica, que contém árvores menores (normalmente até quatro metros de altura e oito centímetros de diâmetro) e onde predominam ervas e arbustos. O estágio inicial, para alcançar o estágio médio de regeneração, pode demorar geralmente de cinco a dez anos.

Expostas essas definições de vegetação primária e secundária, há condições de se afirmar que áreas “*substancialmente*” alteradas ou degradadas são aquelas que mais se distanciam das características originais de estrutura e de espécies, justamente porque se submeteram a um processo de larga antropização e descaracterização de seus atributos naturais, ou seja, aquelas que não possuem qualquer vegetação ou, se possuem vegetação, essa detém um nível mais baixo de diversidade biológica.

Dessa forma, a consequência lógica da aplicação do artigo 12 da Lei nº 11.428/2006 é de que a pretensão de corte ou de supressão de vegetação secundária em estágio médio ou avançado de regeneração do bioma Mata Atlântica, mesmo que se enquadre nas hipóteses permissíveis do aludido diploma legal, é considerada ilegal e indevida se o interessado não demonstrar, no trâmite do processo administrativo de licenciamento ambiental, a inexistência, no município ou região onde se pretende implantar o empreendimento, de áreas já substancialmente alteradas ou degradadas que comportem esse empreendimento, tais como áreas desprovidas de vegetação ou, em último caso, áreas providas de vegetação secundária em estágio inicial de regeneração.

Nessa mesma linha de raciocínio, se houver a pretensão de supressão de vegetação secundária do bioma Mata Atlântica no estágio inicial de regeneração, o artigo 12 da Lei nº 11.428/2006 determina que se atribua preferência às áreas desprovidas de qualquer vegetação.

Ressalta-se que é bastante comum a tendência do proponente de um empreendimento, privado ou público, em “escolher”, para a sua implantação, áreas consideradas preservadas do bioma Mata Atlântica, geralmente providas de vegetação secundária em estágio médio ou avançado de regeneração, em razão do seu menor valor comercial. De fato, convivemos diariamente com a prática não somente de “limpar” a propriedade e de deixar o caminho livre para qualquer atividade econômica, como também de naturalmente anunciar a venda desses imóveis com um “plus” comercial: o fato de já ter sido desmatado¹⁹. Nesse contexto, a aplicação do artigo 12 da Lei nº 11.428/2006 impõe ao proponente de um empreendimento lançar mão da opção que lhe é mais conveniente sob o ponto de vista pecuniário e apresentar ao órgão público ambiental alternativas locais de áreas já substancialmente alteradas ou degradadas, ainda que o custo destas seja consideravelmente maior.

De outro lado, cumpre atentar à hipótese em que tenha ocorrido, de modo prévio, a proposital degradação ambiental de uma área do bioma Mata Atlântica para possibilitar a aplicação do artigo 12 da Lei nº 11.428/2006 em comparação com outras áreas mais preservadas. Essa prática ilícita não pode prosperar, seja porque essa situação hipotética traduz a formação de um passivo ambiental e o dever de responsabilização administrativa, criminal e civil do seu proponente, seja porque o artigo 5º da Lei nº 11.428/2006 estatui que “a vegetação primária ou a vegetação secundária em qualquer estágio de regeneração do Bioma Mata Atlântica não perderão esta classificação nos casos de incêndio, desmatamento ou qualquer outro tipo de intervenção não autorizada ou não licenciada”. Ademais, vale a máxima de que “ninguém deve lucrar com a própria torpeza”, o que, por si só, já justificaria a negativa do órgão público ambiental quanto ao pleito de autorização para corte ou supressão de vegetação com fundamento na moralidade administrativa²⁰.

Dessa forma, o artigo 12 da Lei nº 11.428/2006 impõe um dever inescusável tanto ao proponente do novo empreendimento que implique o corte ou a supressão de vegetação do bioma Mata Atlântica, como ao órgão público ambiental que avaliará o pleito de licenciamento ambiental de obra, atividade ou empreendimento na área de abrangência desse bioma.

Ao proponente do novo empreendimento incumbe o categórico ônus de demonstrar a ausência de áreas já substancialmente alteradas ou degradadas, em especial áreas desprovidas de vegetação nativa, na região em que pretende implantar o seu empreendimento, sem prejuízo do dever, explicitado no artigo 14 dessa lei, de apresentar alternativas técnicas e locais no caso de pretensa supressão de vegetação primária e secundária nos estágios avançado e médio de regeneração.

Ao órgão público ambiental, por sua vez, incumbe, no pleito de licenciamento ambiental de obra, atividade ou empreendimento em área coberta por vegetação do bioma Mata Atlântica, exigir do interessado, ao lado do atendimento dos demais requisitos e condicionantes legais, a demonstração de que não existem imóveis na região desprovidos de vegetação nativa ou com essa vegetação já substancialmente alterada ou degradada, sob pena de seu indeferimento. De qualquer forma, cabe ao órgão público ambiental, ao analisar o levantamento apresentado pelo interessado sobre as áreas existentes na região e sobre as alternativas locais,

considerar todas essas circunstâncias e motivar a sua decisão administrativa.

Nesse passo, deve ser considerado nulo o procedimento administrativo de autorização ou licenciamento ambiental para o corte ou supressão de vegetação do bioma Mata Atlântica em que não tenha sido atendido o comando desse dispositivo legal, independentemente da caracterização da prática, em tese, dos crimes previstos nos artigos 67 e 69-A da Lei nº 9.605/98 pelos servidores públicos responsáveis pelo licenciamento ambiental do empreendimento.

Por fim, deve-se ressaltar que a ideia de obrigar a implantação de novos empreendimentos em áreas desprovidas de vegetação nativa, ou já substancialmente alteradas ou degradadas, independentemente do artigo 12 da Lei nº 11.428/2006, exprime a aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade²¹, potencializados diante da constatação do atual estado de sobrevivência do bioma Mata Atlântica no território nacional, já que cerca de noventa e três por cento da extensão da área originalmente coberta pelo bioma Mata Atlântica se encontra desprovida de qualquer vegetação.

Isso porque, na hipótese de suposição da necessidade de sopesamento de direitos em colisão, verifica-se que a implantação de novo empreendimento em remanescente preservado de vegetação do bioma Mata Atlântica, em região que possui áreas alteradas ou degradadas, não observaria os componentes da proporcionalidade em sentido estrito e da necessidade no critério da proporcionalidade, pois não seria justificável atenderem aos direitos de propriedade, de livre iniciativa econômica e de moradia²² em detrimento da gravosa afetação do direito ao meio ambiente e proteção constitucional da Mata Atlântica, se aqueles direitos poderiam ser satisfeitos sem a necessidade afetação gravosa desta, e se os prejuízos causados, inclusive às gerações futuras, com a perda de significativa dos remanescentes de Mata Atlântica e de sua biodiversidade e funções ambientais, são muito maiores que os benefícios da ampliação das atividades econômicas²³. Deve-se lembrar que o princípio da proporcionalidade pretende priorizar a solução que traga a menor lesão ao direito restringido, e a mais vigorosa tutela ao direito protegido²⁴.

De fato, não há proporcionalidade e razoabilidade no avanço (supressão, corte, exploração e degradação) sobre um bioma que sobrevive em apenas sete por cento da sua área original, distribuído predominantemente em locais de difícil acesso, ao passo que as ocupações humanas e atividades econômicas já ocupam noventa e três por cento dessa área. Da mesma forma, em tempos de fácil acesso à informação, à tecnologia e a instrumentos de planejamento, uma adequada e racional utilização das áreas desprovidas do bioma Mata Atlântica, ao invés da cômoda e irresponsável supressão dos seus últimos remanescentes de vegetação, atende ao princípio da razoabilidade.

De outro lado, não se vislumbra a possibilidade de desenvolvimento sustentável, conforme determinado pela Constituição Federal de 1988 se há progressiva diminuição de remanescentes de um bioma que já se encontra em risco de extinção e que, além de abrigar impressionante índice de biodiversidade, exerce funções indispensáveis à vida de mais de cem milhões de brasileiros.

4. Conclusões articuladas

a) A exegese do artigo 12 da Lei nº 11.428/2006 de modo harmônico com os princípios e

objetivos desse diploma legal e, em especial com a Constituição Federal de 1988, é fundamental para a proteção e recuperação dos remanescentes do bioma Mata Atlântica e para a tutela do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

b) Frente à pretensão de instalação de um novo empreendimento que implique o corte ou a supressão de vegetação do bioma Mata Atlântica, o artigo 12 da Lei nº 11.428/2006 impõe um dever inescusável tanto ao proponente do novo empreendimento, como ao órgão público ambiental. Ao primeiro, incumbe o categórico ônus de demonstrar a ausência de áreas já substancialmente alteradas ou degradadas, em especial áreas desprovidas de vegetação nativa, na região em que pretende implantar o seu empreendimento. Ao segundo, incumbe, no pleito de licenciamento ambiental, exigir do interessado, ao lado do atendimento dos demais requisitos e condicionantes legais, a demonstração de que não existem imóveis na região desprovidos de vegetação nativa ou com essa vegetação já substancialmente alterada ou degradada, sob pena de seu indeferimento, assim como analisar o levantamento apresentado pelo interessado sobre as áreas existentes na região e sobre as alternativas locais, considerar todas essas circunstâncias e motivar a sua decisão administrativa.

5. Referências bibliográficas.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FUNDAÇÃO SOS MATA ATLÂNTICA; INSTITUTO NACIONAL DE PESQUISAS ESPACIAIS (INPE). **Atlas dos Remanescentes Florestais da Mata Atlântica**: período 2008-2010. São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.inpe.br/noticias/arquivos/pdf/atlasrelatoriofinal.pdf>>.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Mata Atlântica e patrimônio nacional: aspectos jurídicos. In: MARQUES, José Roberto (Org.). **Sustentabilidade e temas fundamentais de direito ambiental**. Campinas: Millennium, 2009. p.365-377.

SANTIAGO, Alex Fernandes. O direito à moradia e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: ocupação de áreas protegidas: conflitos entre direitos fundamentais? **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n.60, p.94-122, 2010.

SANTILLI, Juliana. A lei 9.985/2000, que instituiu o sistema nacional de unidades de conservação da natureza (SNUC): uma abordagem socioambiental. **Revista de Direito ambiental**, São Paulo, n.40, p.83, 2005.

SERRANO JUNIOR, Odoné. **Introdução à contemporânea teoria dos direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

¹ Promotor de Justiça no Estado do Paraná (MPPR).

² A Lei n.º 11.428/2006 e o seu Decreto regulamentador n.º 6.660/2008 (artigo 1º) definiram a área de abrangência do bioma Mata Atlântica, de modo a contemplar as seguintes configurações de formações florestais nativas e ecossistemas associados: “Floresta Ombrófila Densa; Floresta Ombrófila Mista, também denominada de Mata de Araucárias; Floresta Ombrófila Aberta; Floresta Estacional Semidecidual; Floresta Estacional Decidual; campos de altitude; áreas das formações pioneiras, conhecidas como manguezais, restingas, campos salinos e áreas aluviais; refúgios vegetacionais; áreas de tensão ecológica; brejos interioranos e encraves florestais, representados por disjunções de Floresta Ombrófila Densa, Floresta Ombrófila Aberta, Floresta Estacional Semidecidual e Floresta Estacional Decidual; áreas de estepe, savana e savana-estépica; e vegetação nativa das ilhas costeiras e oceânicas”.

³ Com a recente inclusão da vegetação existente no Estado do Piauí no levantamento nacional dos remanescentes do bioma

Mata Atlântica, o cálculo alcança a cifra de 8,5%.

4 Segundo estudo do IBGE, realizado em 2009, sobre o Mapa da Área de Aplicação da Lei n.º 11.428/2006, cerca de 123 milhões de pessoas vivem em 3.410 municípios, na delimitação da Mata Atlântica. (Disponível em: <www.ibge.gov.br>).

5 FUNDAÇÃO SOS MATA ATLÂNTICA; INSTITUTO NACIONAL DE PESQUISAS ESPACIAIS (INPE). **Atlas dos Remanescentes Florestais da Mata Atlântica**: período 2008-2010. São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.inpe.br/noticias/arquivos/pdf/atlasrelatoriofinal.pdf>>.

6 FUNDAÇÃO SOS MATA ATLÂNTICA; INSTITUTO NACIONAL DE PESQUISAS ESPACIAIS (INPE). **Atlas dos Remanescentes Florestais da Mata Atlântica**: período 2008-2010. São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.inpe.br/noticias/arquivos/pdf/atlasrelatoriofinal.pdf>>.

7 Artigo 225, *caput*.

8 Artigos 170, VI, 182, § 2º, e 186.

9 Na definição de José Afonso da Silva, espaços territoriais especialmente protegidos são: “áreas geográficas públicas ou privadas (porção de território nacional) dotadas de atributos ambientais que requeiram sua sujeição, pela lei, a um regime jurídico de interesse público que implique sua relativa imodificabilidade e sua utilização sustentada, tendo em vista a preservação e proteção da integridade de amostras de toda a diversidade de ecossistemas, a proteção do processo evolutivo das espécies, a preservação e proteção dos recursos naturais.” (SILVA, José Afonso da. Direito ambiental constitucional, p. 230.)

10 A noção constitucional de espaços territoriais protegidos abrange não somente as unidades de conservação, mas também as áreas de preservação permanente, a reserva legal, as reservas da biosfera e biomas como a Floresta Amazônica, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira, previstos no art. 225, § 4.º, da CF/88. (SANTILLI, Juliana. A lei 9.985/2000, que instituiu o sistema nacional de unidades de conservação da natureza (SNUC): uma abordagem socioambiental. **Revista de Direito ambiental**, São Paulo, n.40, p.83, 2005.)

11 Artigo 225, § 1º, III.

12 Artigo 225, § 1º, I.

13 Artigo 225, § 1º, II.

14 Artigo 225, § 1º, IV.

15 Artigo 225, § 1.º, VII.

16 O CONAMA também editou Resoluções para detalhar os parâmetros da vegetação primária e secundária da Mata Atlântica em cada um dos Estados da Federação, já que cada um destes Estados possui peculiaridades. Em razão do disposto no artigo 4º, § 1º, da Lei nº 11.428/2006, o CONAMA, por meio da Resolução nº 388, de 23 de fevereiro de 2007, convalidou todas as citadas Resoluções que definem os aludidos conceitos e os parâmetros para a caracterização de vegetação primária e secundária, assim como os estágios de regeneração desta.

17 Resolução CONAMA n.º 10/1993.

18 Resolução CONAMA n.º 10/1993.

19 Dentre os milhares de exemplos de propaganda comercial, cita-se: “Terreno as margens da BR de Garuva, próprio para Indústria, todo desmatado”. (Disponível em: <<http://lotes-venda.vivastreet.com.br/terrenos-venda+garuva/terreno-area-industrial-desmatado-e-plano/40137387>>. Ou ainda: “8.200 M2 Com Projeto Aprovado Para Construção De 49 Sobrados Com 60 M2 Cada, Totalmente Desmatado E Com A Terraplanagem Já Concluída, Pronto Para Iniciar A Construção”. (Disponível em: <<http://cotia.olx.com.br/oportunidade-de-terreno-em-cotia-sp-iid-295196027>>.

20 MACHADO, Paulo Affonso Leme. Mata Atlântica e patrimônio nacional: aspectos jurídicos. In: MARQUES, José Roberto (Org.). **Sustentabilidade e temas fundamentais de direito ambiental**. Campinas: Millennium, 2009. p.373.

21 Odoné Serrano Junior, ao tratar da solução de conflitos normativos aparentes envolvendo direitos fundamentais, afirma que a aplicação do critério da proporcionalidade deve ocorrer com a análise dos seus componentes de adequação, necessidade (proibição do excesso) e proporcionalidade em sentido estrito, com o intuito de propiciar a resposta às seguintes perguntas: “o meio promove o fim?”, “dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo aos direitos fundamentais afetados?” e, ainda, “o grau de importância da realização do fim justifica o grau de restrição causada aos direitos fundamentais?” (SERRANO JUNIOR, Odoné. **Introdução à contemporânea teoria dos direitos fundamentais**, p.53).

22 No que tange ao direito de moradia, Alex Fernandes Santiago afirma que, “não pode, em princípio, ser considerado como absoluto e imune a restrições, sendo exemplo de consequência de restrição válida a desocupação de áreas de proteção ambiental” (SANTIAGO, Alex Fernandes. O direito à moradia e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado..., p.113). Em adição a isto, o direito ao meio ambiente poderia ser integralmente atendido sem inviabilizar o atendimento das demandas econômicas e habitacionais em outros locais, ao passo que o atendimento destes direitos em vegetação remanescente de Mata Atlântica anularia completamente o direito ao meio ambiente e, pior, anularia-o de modo definitivo.

23 Ressalta-se que, nessa cogitada colisão de direitos fundamentais, não se poderia aceitar o possível argumento de que o sacrifício do direito ao meio ambiente teria o condão de atender o princípio da dignidade da pessoa humana, considerado eixo principal do programa da Constituição Federal de 1988, seja porque a dignidade humana abrange uma dimensão ambiental, seja porque a redução das importantes e indispensáveis funções ambientais da Mata Atlântica certamente afeta o bem-estar e a sadia qualidade de vida das pessoas.

Pode-se somar, ainda, mais um argumento que corroboraria a ausência de proporcionalidade, qual seja a priorização do direito

ao meio ambiente e sacrifício parcial dos demais direitos poderia afetar um número restrito de pessoas ou uma coletividade restrita, mas a priorização dos demais direitos em detrimento do direito ao meio ambiente e da proteção constitucional da Mata Atlântica afetaria negativamente toda a coletividade, mais do que isso afetaria toda a população mundial em suas gerações presentes e futuras.

[24](#) CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.93.

A atuação extrajudicial do Ministério Público nos contratos de empréstimos consignados.

Ana Cecília Rosário Ribeiro¹

1. Justificativa

É notório que a população idosa tem sido constantemente vítima da atuação de pessoas inescrupulosas, as quais aproveitam a falta de informação e a boa-fé do idoso analfabeto, para com estes realizarem contratos de empréstimos em consignação, que comprometem parte significativa de suas rendas e, por conseguinte, atingem suas qualidades de vida.

Neste contexto, muitas vezes, ao descumprirem o dever de boa fé objetiva, os corretores das instituições financeiras induzem os idosos analfabetos a realizarem contratos de empréstimo que comprometem suas rendas em uma parte da qual jamais poderiam dispor. Neste contexto, os promotores de justiça têm sido frequentemente instados por pessoas idosas e analfabetas, com pouco ou nenhum grau de instrução, a questionar a lisura dos contratos de empréstimos consignados com elas realizados.

Alegam os cidadãos idosos analfabetos que desconheciam o teor do contrato e, em uma simples conversa com o promotor de justiça, este constata que os idosos não conseguem precisar aspectos essenciais do conteúdo do contrato realizado, por exemplo, o *quantum* da parcela que irão pagar mensalmente, o valor do empréstimo e a taxa de juros empregada pela instituição financeira.

Diante da situação exposta, um novo desafio se impõe aos integrantes do Ministério Público como forma de construção de uma nova identidade do órgão atrelada à concretização dos interesses mais relevantes da sociedade, para quem e em razão da qual foi criado o Ministério Público. Por conseguinte, construir e defender a atuação extrajudicial do promotor de justiça em defesa do idoso analfabeto, como indispensável à validade de contratos de consignação em pagamento, pela presença da vontade viciada da parte vulnerável, incapaz de compreender todas as nuances do contrato de consignação realizado, representa uma faceta importante para a construção de um Ministério Público que seja parceiro da comunidade e atue na defesa dos interesses mais caros à sociedade.

2. Síntese dogmática da exposição

A construção de uma nova identidade do Ministério Público, que eleva e realça a importância de sua atuação extrajudicial, além de tornar o promotor de justiça um parceiro da comunidade, propicia a implementação da dignidade humana, da cidadania da pessoa idosa analfabeta e, por conseguinte, a proteção da pessoa humana, para quem e por quem o Direito é diuturnamente criado. Ademais, por se tratar da defesa dos interesses mais caros à sociedade, esta atuação extrajudicial na realização do contrato de empréstimo consignado, necessária à sua validade, traz ao foco a prevenção das condutas ilícitas, propiciando uma tutela efetivamente preventiva dos danos aos idosos analfabetos, pois como já é cediço, em si

tratando de direitos indisponíveis, as tutelas ressarcitória e reintegratória nem sempre são as melhores opções.

Com este novo realce, cria-se uma nova identidade ao Ministério Público, mais consentânea com a sua finalidade constitucional, e ganha relevância a atuação do Ministério Público da Promotoria especializada na defesa do idoso na realização do contrato de empréstimo consignado, de modo a torná-lo anulável quando realizado sem a presença do promotor de justiça, que garantirá a ciência do idoso analfabeto de todas as informações necessárias ao esclarecimento e, por conseguinte, ao convencimento seguro e consentâneo com o princípio da boa-fé objetiva, indispensáveis à conclusão do negócio jurídico.

3. Exposição.

3.1. As atribuições do promotor de justiça e o seu delineamento constitucional.

As atribuições institucionais do Ministério Público delineadas na Constituição Federal brasileira estão em consonância com as vertentes principiológicas moldadas no texto constitucional, apresentando íntima relação com o princípio da dignidade da pessoa humana. Isto porque, o promotor de justiça atua na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, direitos que apresentam íntima relação com a preservação da dignidade da pessoa humana.

Por conseguinte, percebe-se que a atuação do Ministério Público nos casos que digam respeito à pessoa idosa está fundada no permissivo constitucional de defesa dos interesses individuais indisponíveis. Sendo assim, a atuação do promotor de justiça implica na análise da presença deste requisito. É curial salientar que nos contratos de consignação em pagamento, realizados em benefício de pessoa idosa e analfabeta, a atuação judicial do promotor de justiça, ou sua participação extrajudicial, como defendido nesta tese, visa assegurar o direito à vida digna da pessoa idosa analfabeta, direito indisponível.

Atente-se para o fato de que um segundo requisito alternativo que precisa ser analisado pelo presentante do Ministério Público, nas lides de interesse de pessoa idosa, é a presença da proteção do interesse social e as condições de desfavorecimento da pessoa idosa. Ora, a fiscalização da atuação das instituições de crédito ou mesmo a assistência do Ministério Público nos contratos de empréstimos consignados realizados por pessoa idosa e analfabeta representa um viés de um direito social do idoso (direito à aposentadoria), sobretudo o analfabeto, que importa e merece ser objeto de uma atuação combativa do *parquet*.

Assume, pois, o Ministério Público relevante papel nas demandas, sobretudo as extrajudiciais, cuja finalidade precípua consiste na defesa dos interesses dos idosos hipossuficientes, na medida em que incrementa o direito do idoso analfabeto ao acesso à informação ampla e irrestrita, assistindo-o no que for necessário, para a tomada de uma decisão firme e segura, pela qual não tenha futuramente a sua dignidade comprometida.

Nesta ambientação, a legitimação ministerial para a assistência à pessoa idosa analfabeta decorre também da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público. Esta norma dispõe em seu artigo 32, II: *“compete aos Promotores de Justiça, dentro das esferas de atribuições: (...) II- atender a qualquer do povo, tomando as providências cabíveis”*. A atuação do promotor de justiça torna-se ainda mais relevante diante da inexistência de assistência judiciária gratuita,

em grande parte dos municípios brasileiros. Ademais, é de clareza solar que, a dicção do artigo 32, II, da Lei Orgânica do Ministério Público comporta uma atribuição do promotor de justiça independente de qualquer atendimento ao público prestado por meio da Defensoria Pública, dispensando, inclusive, no que toca à atuação do *parquet* a análise da condição econômica do cidadão.

3.2 A necessidade de uma atuação preventiva do promotor de justiça como forma de eficácia direta do princípio da dignidade da pessoa humana.

A proteção do patrimônio pela legislação civilista não pode ser estudada de forma estanque e isolada dos princípios e valores constitucionais que terminam por determinar o conteúdo e a abrangência de institutos de natureza essencialmente patrimoniais. Percebe-se, outrossim, que na medida em que ocorre a evolução e o aperfeiçoamento da ciência jurídica essa aproximação entre as normas de Direito Privado e os princípios do Direito Público é ainda mais ressaltada e evidente, inviabilizando a segmentação dos institutos em categorias estanques e sem permeabilidade.

A despeito da realidade acima delineada, a atividade do intérprete do Direito ganha maior realce nos tempos atuais, uma vez que além de definir a norma aplicável ao fato que lhe é apresentado, torna imperioso, na maior parte das vezes, ajustá-la ao ordenamento, o qual só pode ser compreendido como um todo unitário.

Ora, considerando a unidade do ordenamento jurídico o princípio da dignidade da pessoa humana permeia e baliza todos os institutos do Direito, mesmo os necessários e utilizados para travar relações jurídicas cujas essências são privadas. Isto decorre do fato de que a consagração do ser humano como valor supremo do ordenamento jurídico é uma conquista do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual passa a imprimir o valor da “dignidade” aos diversos institutos e princípios jurídicos. Desta ideia pode-se concluir, na mesma senda do professor Cristiano Chaves de Farias, que “o *Direito Civil não mais assegura apenas o direito à vida, mas, necessariamente, reconhece e tutela o direito à vida digna*”.² De igual forma, extrai-se que eleger como prioridade a vida humana digna passa a ser também função dos intérpretes e aplicadores das normas jurídicas, já que quando o constituinte brasileiro proclamou a dignidade da pessoa humana no artigo 1º fez “*da pessoa humana fundamento e fim da sociedade e do Estado*”.³

A dignidade da pessoa humana foi eleita pelo legislador constituinte brasileiro de 1988 como um dos cinco fundamentos da República Federativa do Brasil.⁴ Ao adotar tal premissa terminou por elevar a pessoa humana ao topo do ordenamento jurídico, de modo a protegê-la e garantir a efetividade de todos os direitos que nela se fundamentem; inclusive, determinando sempre a interpretação que mais realize este intuito de proteção e garantia de direitos à pessoa humana como forma de preservação de sua dignidade.

Constata-se que ao se esculpir a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil todo o ordenamento jurídico, inclusive a própria Constituição Federal de 1988, precisa absorver esse sentimento a fim de que se possa, de fato, concretizar esse ideário de exaltação da pessoa humana enquanto valor supremo da ordem jurídica nacional. Silvio Romero Beltrão percebe e afirma, de forma lapidar, que, em razão da adoção da dignidade da pessoa humana enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, não existe qualquer valor que seja superior ao valor da pessoa humana. De maneira sintética, elucida:

Em face do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, pode-se dizer que a pessoa é o bem supremo da ordem jurídica, o seu fundamento e seu fim. Sendo possível concluir que o Estado existe em função das pessoas e não o contrário, a pessoa é o sujeito do direito e nunca o seu objeto. ⁵

Acrescenta-se, outrossim, que o princípio da dignidade da pessoa humana permeia o ordenamento jurídico com um conteúdo de igualdade, impedindo interpretações sugestivas de eliminação de um ser humano em benefício de outro. E esse conteúdo de igualdade precisa ser compreendido no seu sentido material de modo a desigualar os que se encontram em posições distintas, sobretudo em situação de vulnerabilidade. Aqui, insere-se a pessoa idosa e analfabeta, cidadã em posição de desigualdade e vulnerabilidade em face das instituições de crédito. Em sendo assim, a razão está com Canotilho e Vital Moreira, segundo os quais:

A República baseada na dignidade da pessoa humana assume como deveres públicos a protecção de pessoas em situações especiais propícias a graves atentados a essa dignidade (refugiados, detidos, deportados, deslocados, mentores de minorias étnicas). É também a dignidade que justifica a imposição de deveres públicos e comunitários (republicanos) de defesa da vida e integridade do ser humano contra práticas eugênicas de selecção de pessoas, transformação do corpo ou de partes do corpo em fonte de lucro, ou contra a venda forçada pelo vendedor pobre de órgãos do corpo a favor do comprador rico, alteração da identidade genética do ser humano mediante clonagens reprodutivas do ser humano e tráfico de seres humanos. ⁶

Vale referir, que a dignidade da pessoa humana consiste em um princípio que representa um conteúdo mínimo a ser protegido pelos ordenamentos jurídicos que os consagra. Logo, a presença do princípio da dignidade da pessoa humana já enuncia um conteúdo de valores invulneráveis que fazem do homem comum, não o homem ideal⁷, um ser especial. É esse conteúdo invulnerável de Direitos que a doutrina denomina de direitos fundamentais.

Enfim, é fácil verificar que a doutrina não ignora o fato do legislador constituinte brasileiro ter eleito o princípio da dignidade da pessoa humana enquanto fundamento da República Federativa do Brasil. Caso contrário, entendo que ao intérprete caberá a imperiosa missão de propiciar este estreitamento entre o público e o privado de modo a balizar os institutos privatísticos com o novo paradigma da dignidade da pessoa humana.

Em apertado resumo, a eleição da dignidade da pessoa humana nos ordenamentos jurídicos como um princípio fundamental a ser respeitado coloca no centro da ordem jurídica a pessoa humana, titular de direitos fundamentais.

É neste contexto, e atuando nesse novo paradigma, que defendo a imposição de um tratamento distinto à pessoa idosa e analfabeta que manifeste o desejo de realizar um contrato oneroso, capaz de comprometer parte de sua renda mensal e que irá submetê-la a altas taxas de juros. Por conseguinte, defendo que os contratos de empréstimos consignados, negócio jurídico bilateral e essencialmente oneroso, não podem ser estudados, compreendidos e aplicados, como atualmente vem sendo, de forma dissociada de outras leis esparsas que também integram o ordenamento jurídico, tampouco de modo a descuar da realidade constitucionalmente eleita pelo legislador constituinte. Por esta razão, a Constituição Federal, o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto do Idoso devem, necessariamente, serem os

nortes utilizados pelo aplicador do Direito, de modo a diminuir o hiato existente entre as leis civis e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Atuam, pois, a Constituição Federal, o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto do Idoso, por seus princípios e normas, para resguardar a pessoa humana e barrar as inúmeras fraudes e lesões que vem constantemente ocorrendo nos empréstimos consignados realizados por pessoas idosas analfabetas.

Interessante notar que quando são informados pelo promotor de justiça sobre as condições dos contratos de consignação em pagamento, nos quais apuseram suas digitais, afirmam categoricamente que jamais realizariam tal negociação se recebessem todos os detalhes narrados pelo representante do Ministério Público. Muitos, sequer se dão conta, que não dispõem de saúde financeira para arcarem com mais essa despesa mensal e que a quitação da parcela do empréstimo representará um valioso incremento em seu custo de vida, com sérias repercussões, inclusive, em sua dignidade.

Diante do quadro acima exposto, um questionamento nos aflige: a assistência do Ministério Público à pessoa idosa e analfabeta na concretização de um empréstimo consignado é imprescindível à realização do princípio da dignidade da pessoa humana e está ancorada nas normas do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto do Idoso?

3.3. A atuação extrajudicial do promotor de justiça como forma de garantir o direito à informação ampla e irrestrita ao consumidor idoso analfabeto e a proteção do sujeito mais vulnerável da relação jurídica.

Fruto da permeabilidade dos institutos de Direito Privado pelas normas que visam proteger a pessoa humana, mitigando o princípio da autonomia da vontade, o Código de Defesa do Consumidor elenca o direito a informação ampla acerca do produto e serviços. Ocorre que se observa, na prática, que a pessoa idosa analfabeta tomadora do empréstimo não tem acesso à informação posterior à celebração do contrato, o qual na maior parte das vezes é retido pelo corretor, e quiça acesso à informação prévia à assinatura contratual. Neste passo, constata-se, que o idoso analfabeto também não recebe informações completas relacionadas às regras referentes a taxas mensais de juros, acréscimos moratórios, e nem sobre o valor, o número e a periodicidade das prestações e a soma total a pagar pelo empréstimo.

Ademais, acresço a seguinte observação. Mesmo no caso da empresa prestadora fornecer todas as informações supra a pessoa idosa e analfabeta, apenas uma minoria, com a ajuda de familiares ou amigos, teria condições de avaliar tais dados fazendo a necessária ponderação com sua renda doméstica, antes de tomar um empréstimo.

Neste cenário, a consequência que a falta da ampla informação representa, especialmente às populações idosas analfabetas e de baixa renda, é o endividamento. Isto porque, como é notório, a ausência de informações detalhadas do contrato de empréstimo consignado, ou mesmo a inviabilidade de análise de tais dados por não compreensão por parte do idoso analfabeto, acarreta na assunção de uma dívida por aquele que não detém qualquer margem para endividamento.

Igualmente, merece realce o fato de que a população idosa e analfabeta também tem sido vítima de atos ilícitos praticados por instituições financeiras pagadoras de benefícios. Importa consignar que muitas empresas substituíam, sem autorização prévia do consumidor, o cartão para recebimento do benefício por um cartão de crédito. Tal procedimento da instituição financeira acarreta um aumento da dívida do aposentado analfabeto, o qual termina

contratando de forma indireta novos serviços, devidamente taxados.

Verifica-se, portanto, que a instituição financeira além de não informar o consumidor acerca dos detalhes do produto ou serviço fornecido, prevalece-se da ignorância do consumidor para forçar-lhe a adquirir um produto que não tem interesse. Na verdade, muitas vezes, o consumidor sequer tem conhecimento de estar adquirindo algo diverso ou complementar ao empréstimo. Merece destaque, para cumprir o objetivo deste ensaio, que o Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 39, IV menciona que constitui prática abusiva e vedada *“prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus próprios produtos ou serviços”*.

Ao omitir aspectos dos produtos e serviços fornecidos ou na hipótese de “venda casada” sem informar acerca do produto ou serviço acessório, a instituição financeira incorre em publicidade enganosa, pois à luz do artigo 37, §§ 1º e 3º do Código de Defesa do Consumidor, a publicidade é enganosa:

§ 1º. É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

§ 3º. Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

Pois bem, como demonstrado nas normas pretéritas, o dever de informação da instituição financeira é amplo. Isto porque é garantido ao consumidor (parte mais vulnerável da relação) acesso irrestrito aos dados do produto ou serviço. Neste passo, deixar de informar ao consumidor idoso analfabeto sobre dado essencial do produto ou serviço constitui publicidade enganosa na modalidade omissiva. Esse dever de informação deriva do Princípio Consumerista da Boa-fé Objetiva, ao qual se agrega o Princípio da Confiança, apresentando os deveres anexos da lealdade e veracidade. Assim, o fornecedor, que detém conhecimentos técnicos da operação de crédito ofertada, tendo o dever de aconselhar o consumidor leigo.

Esse dever de informar está previsto no art. 52 do CDC, segundo o qual:

Art. 52. No fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre:

I - preço do produto ou serviço em moeda corrente nacional;

II - montante dos juros de mora e da taxa efetiva anual de juros;

III - acréscimos legalmente previstos;

IV - número e periodicidade das prestações;

V - soma total a pagar, com e sem financiamento.

O dever de informação é descumprido por grande parte dos fornecedores de crédito no Brasil, especialmente no que toca à taxa anual de juros, que, via de regra, é omitida. Interessante asseverar que esse dever de informação abrange não somente a obrigação de comunicar a taxa real anual dos juros, mas obriga a instituição de crédito a certificar-se de que o consumidor compreendeu a informação prestada.

De simples constatação, pois, que a publicidade relacionada à concessão de crédito

apresenta uma exigência maior, no sentido de prestar uma informação completa sobre os dados do contrato. Dessume-se, dessa forma, que descumprir os deveres acima retratados importa em ferir o Princípio da Boa-fé que norteia todas as relações consumeristas no Brasil e, portanto, macula essa negociação de nulidade.

Entretanto, a proteção à parte mais vulnerável dessa relação consumerista não pode estar adstrito à via judicial, no nosso modo de entender. É preciso mais. Por esta razão pugnamos pela imperiosa necessidade de atuação extrajudicial do promotor de justiça ainda na fase de concretização do contrato, esclarecendo e dirimindo todas as dúvidas do consumidor e funcionando como agente de transformação social, na medida em que sua assistência ao cidadão idoso analfabeto determinará um incremento da informação e, por conseguinte, a realização de contratos sem vícios de vontade, representando uma diminuição nas demandas judiciais.

Por sua vez, o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003) prevê no artigo 10 a obrigação do Estado e da sociedade “assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis”. Da mesma forma, o § 2º do artigo 10 da Lei 10.741/2003 traz o direito a inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, a qual abrange a “preservação da imagem, da identidade, da autonomia, de valores, idéias e crenças...”. O § 3º do mesmo artigo traz expresso o dever de todos “zelar pela dignidade do idoso, colocando-o a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor”.

Há, pois, íntima relação entre as normas acima expostas do Estatuto do Idoso e do Código de Defesa do Consumidor, que determinam, no nosso modo de sentir, que ao promotor de justiça cabe o *mister* de orientar e assistir o idoso analfabeto na realização de um empréstimo consignado, de modo a garantir a preservação de seus interesses.

3.4 A capacidade jurídica do idoso analfabeto e a necessidade de intervenção ministerial.

É cediço que o idoso analfabeto é detentor de personalidade e capacidade jurídica, na medida em que a senilidade, não constitui causa de diminuição ou perda da capacidade em nosso sistema constitucional. Deste modo, a pessoa idosa, ao contrário do adolescente, é sempre presumivelmente capaz. Na verdade, afirmar algo diferente disso é atentar contra o texto constitucional que traz, de forma expressa, o princípio da isonomia entre as pessoas.

Ocorre que, logo que surgiu o Estatuto do Idoso, houve uma interpretação alargada do artigo 75 deste diploma legal, de modo a considerar indispensável a intervenção do Ministério Público, na qualidade de *custos legis*, em todo e qualquer processo que envolvesse a pessoa idosa. Essa intervenção do promotor de justiça ocorreria mesmo nas demandas, nas quais se discutissem meros interesses patrimoniais disponíveis, apenas pelo fato da presença de pessoa idosa.

Assim, o entendimento supra não considerava a capacidade ou incapacidade do idoso, em cada caso concreto, ou a disponibilidade ou indisponibilidade do direito, ou mesmo, não haveria necessidade de se perquirir acerca da existência de situação de risco, para determinar a intervenção do *parquet*.

Na verdade, o Estatuto do Idoso tem por fim realçar a importância das pessoas com mais de 60 (sessenta) anos, sem discriminá-las, mas inserindo-as no contexto social.

Diante das finalidades institucionais do Ministério Público⁸, a interpretação supra não

prevaleceu na doutrina, já que o promotor de justiça não pode agir como patrono de pessoa capaz, ainda que idosa, em processo referente a direito disponível.

Prevalece atualmente, no seio do Ministério Público, a tese de atuação ministerial nos processos envolvendo idosos, em situação de risco, pois exigir a intervenção do *parquet* em demandas que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis com a presença de idoso sem risco, apenas lançaria sobre a pessoa idosa a pecha de incapaz.

Entendemos, fundado no artigo 74, inciso II, do Estatuto do Idoso⁹ que a atuação extrajudicial do Ministério Público nos contratos de consignação em pagamento é justificada pela presença primeiramente do idoso em situação de risco, o qual não compreende o teor do contrato que assina, bem como pela proteção de direito social e individual de cunho indisponível.

Neste contexto, vê-se que a atuação do Ministério Público na proteção dos idosos tem por fim garantir tanto a preservação dos seus direitos sociais como os direitos individuais indisponíveis. Digo isto, com a experiência de oito anos de Ministério Público exercidos exclusivamente nas cidades do interior do Estado do Piauí, tratando diuturnamente com a judicialização de contratos de empréstimos consignados realizados com pessoa idosa e analfabeta que desconheciam, na maior parte das vezes, totalmente o teor da relação travada.

Percebe-se, na maioria das vezes, que os contratos de consignação em pagamento realizados com pessoa idosa e analfabeta terminam, em grande parte das vezes, por comprometer parte significativa da renda familiar do idoso, com repercussões em sua saúde, aposentadoria, alimentação e moradia, pois mesmo respeitando o percentual de endividamento, são os idosos incapazes de realizar operações matemáticas simples. Somente realizando essas operações matemáticas é possível identificar o valor que o idoso analfabeto pode dispor mensalmente, levando em consideração todas as suas despesas fixas.

Ora, estamos falando de operações matemáticas simples, as quais visam estabelecer quanto pode o idoso analfabeto dispor mensalmente. Sequer me atrevo a mencionar o total desconhecimento por parte deste das famigeradas taxas de juros a serem pagas pela obtenção do empréstimo consignado.

Neste trilhar, a grande novidade consiste na imposição da assistência ministerial mesmo antes da judicialização do caso, atuando o promotor de justiça extrajudicialmente, de modo a evitar o nascimento de demandas judiciais. Essa atuação do Ministério Público poderá inibir a ocorrência dos inúmeros prejuízos já evidenciados atualmente ao idoso analfabeto, os quais colocam em perigo até mesmo a sua vida digna, na medida em que esses contratos terminam por comprometer parte significativa das suas aposentadorias.

Urge, pois, que o Ministério Público atue preventivamente em defesa da pessoa idosa e analfabeta, como mecanismos de sua proteção, de modo a evitar a judicialização de demandas que visam declarar a anulabilidade de contratos de empréstimos consignados, realizados por pessoa idosa e analfabeta, por defeitos dos negócios jurídicos.

4. Conclusão:

Após a sucinta exposição, infere-se facilmente que a necessária participação do promotor de justiça na conclusão de um empréstimo consignado, como requisito de validade do negócio jurídico, cuja parte vulnerável seja um idoso analfabeto, está em consonância com os princípios da dignidade da pessoa humana, da boa-fé objetiva e com as normas do Estatuto do Idoso.

Conclui-se que essa atuação extrajudicial está ancorada na defesa de um direito social, mas também de direitos individuais indisponíveis do idoso analfabeto, visando salvaguardar o direito do idoso a sua aposentadoria, a um patrimônio mínimo, e, por conseguinte, a uma vida mais tranquila e harmoniosa, sem os sobressaltos mensais de descontos em sua aposentadoria, que não pode suportar com dignidade.

5. Referências

- ALBUQUERQUE, Pedro de. **Teoria geral do Direito Civil**. Coimbra: Coimbra Editora. 2003.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria geral da relação jurídica**. Coimbra: Almedina. 1974. v.1.
- BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade de acordo com o novo Código Civil**. São Paulo: Atlas. 2005.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Editora Coimbra.
- CANOTILHO, Gomes; e VITAL, Moreira. **Constituição da República portuguesa anotada**, 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora. 1993.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito Civil. Teoria Geral**, 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2005.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Atlas. 1994.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA Filho, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil: parte geral**. São Paulo: Saraiva. 2002.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado, Parte Geral- Introdução. Pessoas Físicas e Jurídicas**, Rio de Janeiro, Borsoi, 1954, t.1.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, IV, Direitos Fundamentais, Coimbra: Editora Coimbra. 1993.
- 1** Promotora de Justiça, doutoranda na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, mestre em Direito pela Universidade Autónoma de Lisboa (diploma revalidado pela Universidade Federal de Pernambuco) e especialista em Direito Civil pela Universidade Salvador. Professora assistente da Universidade Estadual do Piauí.
- 2** FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil - Teoria Geral*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 97.
- 3** MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. Direitos Fundamentais. 3ª ed., rev e actual. Coimbra: Editora Coimbra, 2000, p. 180.
- 4** Art. 1º da Constituição Federal do Brasil *“A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político”*.
- 5** BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade de acordo com o novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 23.
- 6** CANOTILHO, J.J. Gomes; e MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada*. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 199/200.
- 7** Ressalta Jorge Miranda que *“(…) a dignidade da pessoa é da pessoa concreta, na sua vida real e quotidiana; não é de um ser ideal e abstracto. É o homem ou a mulher, tal como existe, que a ordem jurídica considera irredutível, insubstituível e irrepetível (...)”* MIRANDA. *Op.Cit.*, p. 184.
- 8** Dispõe o artigo 128, §5º, II, “b”, da Constituição Federal:
- 9** *“Compete ao Ministério Público:*
(...)
II- promover e acompanhar as ações de alimentos, de interdição total ou parcial, de designação de curador especial, em circunstâncias que justifiquem a medida e officiar em todos os feitos em que se discutam os direitos dos idosos em condições de risco”.

A Tutela Inibitória de Proibição de Contratar com o Poder Público na Improbidade Administrativa

Ana Paula Pina Gaio¹

1. Introdução

A lei n.º 8.429/92 carece de uma disciplina específica no que se refere às tutelas de urgência, universo no qual se integram, para efeito da presente tese, as medidas cautelares, as antecipações de tutela e, especialmente, as tutelas inibitórias para a defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa.

Os aplicadores da lei de improbidade administrativa obram com as três medidas cautelares nela previstas expressamente, com as medidas cautelares previstas em outros diplomas legislativos, com aquelas denominadas medidas cautelares inominadas, com a antecipação da tutela, mediante aplicação subsidiária do artigo 273 do Código de Processo Civil e, por fim, com a incidência do artigo 461 do Código de Processo Civil, que embasa eventual concessão de tutela inibitória.

Pretende-se com o presente trabalho, demonstrar a aplicabilidade da tutela inibitória para a defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa, especificamente a concessão de tutela inibitória consistente na proibição temporária de contratar com o poder público na ação de improbidade administrativa, com o intento exclusivo de evitar a repetição da prática de ato de improbidade administrativa, considerado ilícito por ser contrário ao direito, já que a inibitória prescinde da demonstração de dano ao erário e, para a sua concessão, basta a demonstração da probabilidade de repetição do ato improbo.

2. As Tutelas de Urgência na Defesa do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa - A Tutela Inibitória

Não se pode afirmar a efetividade da proteção judicial ao patrimônio público e à moralidade administrativa sem que haja a possibilidade da concessão de tutelas de urgência nas ações civis por ato de improbidade administrativa, pois inconteste que a usual demora no processo cognitivo acaba por perpetuar o prejuízo a ambos os direitos fundamentais.

A tutela de urgência nas ações civis de improbidade administrativa deverá ser adotada não somente quando haja risco à efetividade do processo, que consiste nas cautelares propriamente ditas, como quando haja necessidade de antecipação da tutela jurisdicional final, no todo ou em parte e, ademais, quando for necessária para prevenir a prática de um ato ilícito.

A lei n.º 8.429/92 prevê expressamente as seguintes medidas cautelares: a) indisponibilidade de bens (artigo 7º); b) sequestro de bens (artigo 16); e c) afastamento do agente público (artigo 20, parágrafo único).

Admite-se a concessão de outras medidas cautelares nas ações civis pela prática de ato de improbidade administrativa, desde que demonstrados os requisitos da plausibilidade do direito

invocado e a probabilidade da ocorrência de um dano potencial. Desta feita, possível é a concessão das medidas cautelares previstas em outros diplomas legislativos ou inominadas, em sede de ação civil de improbidade administrativa, desde que sejam instrumentais ao processo, como por exemplo, a quebra de sigilo bancário dos ímprobos, o arresto e etc. De qualquer forma, a cautelar é sempre instrumental do processo no qual é requerida e, assim, não tem guarida quando se pretende, ainda que, minimamente, o adiantamento dos efeitos da tutela jurisdicional que se pleiteia ao final da ação.

Já a antecipação da tutela regida no artigo 273 do Código de Processo Civil é admitida em sede de ação civil pela prática de ato de improbidade administrativa quando presente a verossimilhança da alegação e haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação e/ou que reste demonstrado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Há autores que admitem a concessão da tutela antecipada na ação civil pela prática de ato de improbidade administrativa, entretanto, que restringem o seu cabimento apenas nos casos em que projetam efeitos desconstitutivos ou mandamentais, e não sancionatórios da tutela final, pois entendem inadmissível a antecipação dos efeitos das sanções previstas no artigo 12 da lei n.º 8.429/92.²

Contudo, a possibilidade ou não de antecipação dos efeitos das sanções por atos de improbidade administrativa, deve considerar a complexidade da delimitação da natureza sancionatória de uma série de medidas judiciais, tenham essas natureza de cautelar ou antecipatória de tutela e, portanto, ainda que o seu caráter seja eminentemente mandamental ou desconstitutivo, pode ter consequências sancionatórias indiretas, o que permite a ilação de que o resultado penalizador dos atos de improbidade administrativa não advém apenas das sanções elencadas expressamente no artigo 12 da LIA.

Exemplifica-se: uma ação civil de improbidade administrativa em razão de fraude em concurso público, na qual se pretende concessão de tutela antecipada de suspensão do concurso fraudulento. A suspensão do concurso pode ser concedida em sede de tutela antecipatória porque tem caráter mandamental, entretanto, por óbvio que possui natureza, ainda que temporária, sancionatória, já que impede que os aprovados – tenham ou não agido com má-fé - sejam nomeados para o exercício de cargo público. O cerceamento destes de acesso ao cargo público decorre da nulidade do certame em razão da fraude, mas também equivaleria, em efeitos práticos, à sanção de proibição de contratar com o Poder Público prevista no artigo em comento.

Nesse mesmo diapasão, na maioria das ações de improbidade administrativa em que a causa de pedir também se apoia na nulidade do contrato ou do procedimento licitatório, em virtude da utilização de expedientes fraudulentos pelos ímprobos, as antecipações de tutela consistente em suspensões de pagamentos e de execuções contratuais acabam tendo cunho também sancionatório, já que projetam efeitos patrimoniais indiretos.

Igualmente restringir a impossibilidade de antecipação da tutela às sanções expressamente previstas no artigo 12 da LIA, excluindo quaisquer outras tutelas que possuam caráter sancionatório, não guarda correlação lógica com a legislação em apreço, já que as sanções previstas não são cumulativas, ou seja, poderão ser aplicadas isoladamente ou cumulativamente, o que significa que nem sempre todas as sanções incidirão naquele caso em concreto.

Feita a digressão, para o objeto da presente tese, na linha da doutrina de Fernando

Rodrigues Martins acerca da concessão das tutelas de urgência nas ações civis de improbidade administrativa, importa especialmente a ideia de prevenção do ilícito através da concessão de uma tutela inibitória.

De fato, Fernando Rodrigues Martins entende que a Constituição Federal, no artigo 5º, inciso XXXV, quando determina que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário a “ameaça” de lesão a direito, sedimenta a hipótese de tutela inibitória para a defesa e proteção do patrimônio público e da moralidade administrativa, cuja base legal consiste no artigo 461 do Código de Processo Civil.³

Anteriormente ao advento do artigo 461 e do artigo 273 do Código de Processo Civil, a ideia de processo de conhecimento clássico era dissociada da tutela preventiva de direitos, já que adstrita a sentenças de cunho declaratório, condenatório ou constitutivo, razão pela qual as cautelares eram utilizadas para a obtenção de tutelas preventivas, em regra, satisfativas e que não impunham o ajuizamento de uma ação principal.

Diante do disposto no artigo 461 do Código de Processo Civil, pode-se afirmar a existência de um processo de conhecimento com tutela antecipatória e sentença de conteúdo inibitório da prática de um ato ilícito.

A configuração do ato ilícito prescinde da ocorrência de um dano, sendo suficiente a mera prática de um ato contrário ao direito, o qual pode ou não ter como consequência um resultado danoso. A importância da dissociação do dano da configuração de um ato ilícito é sintetizada por Luiz Guilherme Marinoni no seguinte trecho:

É importante perceber que o Estado, na sociedade contemporânea, tem a obrigação de garantir determinados bens e direitos, imprescindíveis para a adequada vida social, e para tanto utiliza-se de normas protetoras, ou seja, de normas que objetivam evitar que tais bens ou direitos possam ser violados. De modo que deve haver à disposição do cidadão, ou de um entre que o faça valer em Juízo, um instrumento processual civil capaz de impedir a simples violação do direito, sem se importar com o dano. Para melhor explicar, é preciso deixar claro que, na sociedade contemporânea, o ato que é contrário ao direito, mas não produz dano, não pode fugir do campo de aplicação do processo civil, pretendendo-se refugiar na seara exclusiva do processo penal. Note-se que esta nova concepção de processo civil toma como necessária a distinção entre o ato contrário ao direito e dano, uma vez que antigamente o processo civil preocupava-se apenas em evitar ou reparar o ilícito danoso, mas não em evitar ou reprimir a simples conduta contrária ao direito.⁴

A ação inibitória tem como finalidade impedir a prática de um ato ilícito, a sua continuidade ou a sua repetição. Depreendem-se três situações fáticas distintas: o ato ilícito ainda não foi praticado e, através da ação inibitória, pretende-se impedir a sua prática; o ato ilícito já foi praticado e se pretende impedir a sua continuidade; ou, por fim, o ato ilícito já foi praticado e já produziu seus efeitos, sendo que se pleiteia a tutela jurisdicional para evitar a sua repetição.

Verifica-se, assim, que a ação inibitória não tem o dano como um dos seus pressupostos, sendo necessária à concessão da tutela a demonstração do perigo da prática de um ato contrário ao direito, de sua continuidade ou de sua repetição.

Não importa à procedência da ação inibitória a demonstração de qualquer elemento subjetivo – dolo ou culpa – na prática do ato contrário ao direito, até mesmo porque sendo

uma tutela voltada para o futuro, não há como se avaliar objetivamente preventivamente o elemento subjetivo de uma conduta futura.

Portanto, para a procedência da ação inibitória é necessário apenas demonstrar a probabilidade de repetição ou continuação de um ilícito já praticado, ou a probabilidade da prática de um ato ilícito quando ainda não houver sido praticado.

A tutela inibitória guarda consonância com a defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa, sendo possível a sua utilização para prevenir a prática de atos ilícitos contra estes direitos fundamentais.

Partindo-se das premissas que o ato de improbidade administrativa é um ato ilícito, já que contrário ao direito, e demonstrada a probabilidade de sua continuidade ou de sua repetição, conclui-se como, não somente possível, mas, imperiosa a concessão de uma tutela inibitória que previna a sua ocorrência à promoção dos direitos fundamentais em questão.

A tutela inibitória tem justamente a finalidade de prevenir a prática de um ato contrário ao direito e o pressuposto para a sua concessão é tão somente a probabilidade de que este venha a ser praticado, continuado ou repetido.

Trata-se, na verdade, de uma ação de conhecimento autônoma, mas cuja tutela que se pretende é de cunho inibitório, e não condenatório como na ação civil de improbidade administrativa, sendo o seu pedido a concessão da tutela jurisdicional necessária e suficiente, na forma do artigo 461 do Código de Processo Civil, para evitar a prática do ato de improbidade administrativa.

Afigura-se improvável, contudo, que esta ação inibitória tenha curso independente ao da ação civil de improbidade administrativa, pois haverá continência entre elas, sendo admissível a cumulação das ações e, até mesmo, a concessão antecipada da tutela inibitória consistente na adoção das medidas suficientes para impedir a prática de um novo ato de improbidade administrativa.

É de bom alvitre que todos os atos de improbidade administrativa tipificados nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA poderão ser objeto da ação inibitória que vise prevenir a sua prática, já que o ato ilícito pressuposto desta tutela é tão somente aquele contrário ao direito, prescindindo da ocorrência de dano, inclusive, nestas espécies de ação, do dano ao erário.

3. A Proibição de Contratar com o Poder Público – Tutela Sancionatória e Tutela Inibitória

A lei n.º 8.429/92 elenca como uma de suas sanções a aplicação ao agente improbo da 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.

A sanção de proibição de contratar com o poder público tem caráter temporário, sendo de 10, 05 ou 03 anos (incisos I, II e III do artigo 12 da lei n.º 8.429/92), dependendo da espécie de ato de improbidade administrativa (artigos 9º, 10 e 11 da lei n.º 8.429/92), contudo, possui a característica de generalidade já que engloba toda a administração pública, direta ou indireta, e todos os níveis de governo, federal, estadual e municipal.

A proibição de contratar com o Poder Público não é prevista somente como uma sanção aos atos de improbidade administrativa na lei n.º 8.429/92, tendo assento também na lei n.º 8.666/93 como sanções administrativas a serem aplicadas pela própria Administração Pública

nas hipóteses de inexecução contratual total ou parcial, da prática de atos ilícitos com a finalidade de frustrar os objetivos de licitação, da existência de condenação pela prática de fraude fiscal no recolhimento de tributos e da prática de atos ilícitos que denotem a ausência de idoneidade do contratado. [5](#)

Logicamente que a proibição de contratar com o Poder Público, em cada uma das legislações referidas, possui graduações e alcances distintos, mas seu mote sempre é a correção de um desvio ético de conduta no trato com a coisa pública.

A sanção de proibição de contratar com o poder público aplicada em razão da prática do ato de improbidade administrativa, embora prevista nos três incisos do artigo 12 da LIA, ou seja, tanto aos atos de improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito, como àqueles que causam dano ao erário e àqueles que afrontam aos princípios da administração pública, não têm incidência obrigatória, sendo que nem sempre o Juiz a aplicará.

De fato, as sanções previstas no artigo 12 da lei n.º 8.429/92 não são cumulativas, sendo que nem sempre todas que estão descritas nos seus incisos serão aplicadas ao improbo pelo julgador, o qual, atento ao princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, cominará quais as sanções, e com qual graduação, incidirão no caso em concreto.

Veja-se a doutrina de Sérgio Turra Sobrane:

Não há dúvida de que o magistrado, ao aplicar as sanções ao ato de improbidade, deve perseguir a indispensável reprovação da conduta praticada, cabendo-lhe impor as sanções previstas na lei que se mostrem adequadas e razoavelmente necessárias para tal desiderato, o que significa que deve, invariavelmente, impor todas as sanções cominadas. Adotar a proporcionalidade para imposição das sanções leva, inexoravelmente, à necessidade de se inferir quais seriam as sanções próprias à repressão do ato de improbidade administrativa e que poderiam ser aplicadas pelo juiz para atender ao fim legal [6](#).

A proibição de contratar com o Poder Público consiste em sanção administrativa e sanção por ato de improbidade administrativa prevista expressamente em lei, o que não impede que seja aplicada como tutela inibitória para evitar a prática de um ato contrário ao direito, já que o julgador deve adotar as medidas que forem necessárias para garantir a prevenção do ilícito na forma do artigo 461 do Código de Processo Civil.

Certo é que aplicada como sanção pelo ato de improbidade administrativa, o que não ocorrerá em todas as hipóteses em virtude da não cumulatividade das sanções, a proibição de contratar com o Poder Público impõe uma restrição ao ímprobo diante do grave desvio ético de sua conduta e, portanto, possui caráter retributivo. A mesma restrição específica pode incidir somente para prevenir a ocorrência de um ato ilícito e, assim, revestir-se de caráter inibitório.

Suponha-se a hipótese de uma fraude licitatória que culmina com a contratação ilegal de uma empresa pela administração pública municipal e que esta empresa é habitualmente contratada pela municipalidade porque, em razão de outras circunstâncias (desde a localização da sede, da conjugação das indústrias, oficinas e estruturas fornecedoras de matérias-primas, e de outras facilidades), oferece o melhor preço do mercado, ajuizada ação civil de improbidade administrativa contra a pessoa jurídica e seus representantes legais, durante o tempo do trâmite da ação, provavelmente, a empresa será contratada outras vezes pela

Administração Pública, o que não somente compromete a efetividade da proteção judicial da probidade administrativa, como também propicia a prática de inúmeros outros atos ímprobos.

Ainda que haja possibilidade da Administração Pública aplicar, nos termos da lei n.º 8.666/93, a proibição temporária de contratar com o Poder Público à pessoa jurídica de direito privado, conforme já asseverado, por vezes, o agente político que a representa tem interesse na contratação da mesma empresa e, até mesmo, estará também respondendo à mesma ação de improbidade administrativa.

Em casos tais, tão evidente é a probabilidade da repetição do ato de improbidade administrativa pelos mesmos requeridos que se impõe a cumulação da ação de improbidade administrativa com a ação inibitória, com pedido de antecipação de tutela nesta última, para que se determine a proibição temporária da empresa e de seus representantes legais contratarem com o poder público municipal. Ademais, não há dúvidas de que a imposição de tal restrição é a medida necessária e suficiente para evitar a repetição da prática do ato contrário ao direito, sendo que o intento da medida judicial pleiteada não é sancionatório, mas essencialmente preventivo de repetição do ato ilícito durante o longo trâmite da ação de conhecimento condenatória.

Não se olvida que a sanção da proibição de contratar com o poder público prevista na lei de improbidade administrativa é muito mais ampla do que a restrição imposta, na forma proposta, em tutela inibitória, já que o alcance desta última se restringiria somente à pessoa jurídica de direito público atingida pelo ato de improbidade praticado.

4. Precedentes da Jurisprudência

Na forma já abordada no tópico das tutelas de urgência, há decisões da jurisprudência que se referem à concessão de cautelares instrumentais ao processo e a antecipações de tutela mandamentais e desconstitutivas, também referentes ao objeto da própria ação de improbidade administrativa, as quais são distintas do que se propõe nesta tese.

Com efeito, verifica-se na Jurisprudência a confirmação de decisões liminares concedidas, por exemplo, para que o contrato administrativo objeto da ação civil de improbidade administrativa e os pagamentos dele decorrentes sejam suspensos. Independentemente da natureza que se afirme ter estas decisões, cautelares ou antecipatórias de tutela, são decorrentes da improbidade que se aponta na própria ação, diversamente, da situação que se aborda nesta tese, que é a concessão de uma tutela inibitória para que o ato de improbidade não se repita, ou seja, seus efeitos projetam-se para além do objeto da ação – da relação negocial, do procedimento licitatório ou do contrato administrativo atingido pela improbidade administrativa praticada.

Emblemático à diferenciação entre as cautelares, as antecipações de tutela e a tutela inibitória da repetição de ato contrário ao direito nas ações civil de improbidade administrativa é o acórdão proferido pela 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, o qual desproveu agravo de instrumento impetrado contra decisão de 1ª instância que concedeu a cautelar de indisponibilidade de bens dos requeridos, bem como proibiu novos pagamentos ao posto de gasolina contratado, proibiu novos abastecimentos neste mesmo estabelecimento e, por fim, proibiu a assunção de cargo comissionado na Administração Municipal e a de contratar com o Poder Público.⁷

Tratava-se de ação de improbidade administrativa em virtude de fraude licitatória e

contratação ilegal para fornecimento de combustíveis pelo município de Mimoso do Sul, na qual o Ministério Público pleiteou uma série de medidas liminares/antecipações de tutela, as quais foram concedidas pelo MM. Juízo de 1ª instância e objeto de agravo de instrumento interposto pela empresa Petro Mimoso do Sul Ltda.

A primeira medida cautelar guerreada no agravo foi a decretação da indisponibilidade de bens dos demandados, medida cautelar expressamente prevista na lei n.º 8.429/92 e que guarda instrumentalidade com o processo de improbidade administrativa, pois visa assegurar a efetividade da tutela jurisdicional, especificamente o ressarcimento ao erário e o pagamento da multa cominada.

Seguiu-se a insurgência do agravante em razão da suspensão dos pagamentos realizados pela Prefeitura à empresa e da proibição de abastecimentos dos veículos no posto de gasolina contratado. Ocorre que, na linha de raciocínio do presente estudo, na medida em que o contrato administrativo é nulo, da eventual antecipação de tutela mandamental consistente na suspensão de sua execução, decorreria como consequência lógica a paralisação dos pagamentos e de aquisição do combustível pela pessoa jurídica contratante. Reporta-se à questão já analisada, da antecipação da tutela sobre decisões mandamentais produzirem, ainda que de forma indireta, consequências sancionatórias.

No voto do eminente Relator do agravo, ficou consignado que esta medida também era necessária para acautelar o eventual ressarcimento de bens, já que, se repassados os valores devidos pelo município à empresa, estes poderiam ser objeto de dilapidação. Tal fundamentação acaba por atribuir a esta decisão judicial natureza cautelar consistente na garantia da efetividade da tutela jurisdicional de condenação por ato de improbidade administrativa e, especialmente, o ressarcimento ao erário público.

Por fim, o agravo de instrumento combateu a decisão judicial que determinou a proibição do agravante de ocupar cargo comissionado na Administração Municipal e a proibição de contratar com o Poder Público, sendo que, na forma da tese ora defendida, a natureza da tutela que concedeu tais medidas seria inibitória, pois destinada a prevenir a repetição de ato de improbidade administrativa.

O eminente Relator, ao fundamentar a necessidade de manutenção destas medidas judiciais concedidas em sede liminar pelo Juízo de 1ª instância, entendeu que se tratava de verdadeira antecipação da tutela, a qual se revogada poderia gerar situações inadmissíveis durante o transcorrer da ação de improbidade administrativa:

Pensar de modo diverso, ou seja, revogar esta parte do decisum (proibição de ocupar cargo comissionado na Administração Municipal e a proibição de contratar com o Poder Público), poderia acarretar uma situação peculiar: a pessoa que está sendo processada pela prática de atos de improbidade administrativa, com indícios bastantes de fraudes em licitações, sendo nomeada como Presidente da Comissão Municipal de Licitações; ou, noutro caso, sendo declarada vencedora em idêntico procedimento licitatório.

De qualquer forma, a decisão judicial de 1ª instância foi mantida na íntegra pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, o qual negou provimento, por unanimidade, ao agravo de instrumento interposto.

Em outro agravo de instrumento, julgado pela 1ª Câmara Cível, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul,⁸ ratificou a decisão do Juízo de 1ª instância que determinou, liminarmente, em ação de improbidade administrativa, a proibição da requerida de receber verbas do Poder

Público, bem como de com ele contratar ou receber benefícios ou incentivos fiscais e creditícios, direta ou indiretamente.

O Desembargador Relator Luiz Felipe Silveira Difini asseverou que a concessão da liminar se impunha para a efetividade dos princípios constitucionais, especialmente o da moralidade administrativa e, que, na hipótese, era necessária a ponderação entre valores constitucionais, cujo resultado importaria na relativização do princípio da ampla defesa.

A determinação judicial que proibiu a agravante de contratar com o poder público teve, indubitavelmente, cunho inibitório, já que restou evidente a necessidade de se evitar a repetição de um ato de improbidade administrativa como o narrado no bojo da ação, como também restou evidenciada a probabilidade de que este poderia se repetir.

Veja-se que a concessão da tutela inibitória não tem como objeto o ato de improbidade já praticado, ao qual, no final da ação, serão cominadas as sanções proporcionais e razoáveis para a sua repressão, sendo que o objeto da inibitória reside na tutela preventiva da moralidade administrativa, para que se evite a prática de outros atos de improbidade administrativa, para além do processo em trâmite, mas cuja probabilidade de ocorrência se extrai deste último.

Registra-se que houve voto divergente do Desembargador Carlos Roberto Lofego Caníbal que deu provimento ao recurso de agravo, com fundamento nos princípios da presunção de inocência, da legalidade e do devido processo legal, os quais, no seu entendimento, teriam sido afrontados pela decisão de 1ª instância, que antecipou a aplicação de uma sanção de improbidade administrativa.

Independentemente do posicionamento contrário, com o devido respeito, ao teor deste último voto proferido no Agravo em análise, redireciona-se a natureza da decisão judicial concedida em 1ª instância e mantida pelo Tribunal de Justiça aludido, ao âmbito da tutela inibitória, no qual tais situações encontram guarida e solução condizente com a tutela dos novos direitos.

5. Conclusões articuladas

- a) A efetividade da proteção judicial ao patrimônio público e à moralidade administrativa demanda a possibilidade da concessão de tutelas de urgência nas ações civis por ato de improbidade administrativa, pois inconteste que a usual demora no processo cognitivo acaba por perpetuar o prejuízo a ambos os direitos fundamentais. Neste passo, a tutela de urgência nas ações civis de improbidade administrativa deverá ser adotada não somente quando haja risco à efetividade do processo, que consiste nas cautelares propriamente ditas, como quando haja necessidade de antecipação da tutela jurisdicional final, no todo ou em parte e, ademais, quando for necessária para prevenir a prática de um ato ilícito.
- b) A proibição de contratar com o Poder Público consiste em sanção administrativa e sanção por ato de improbidade administrativa prevista expressamente em lei, o que não impede que seja aplicada judicialmente como tutela inibitória para evitar a repetição da prática de um ato contrário ao direito, no caso em comento, de um ato de improbidade administrativa, já que o julgador deve adotar as medidas que forem necessárias para garantir a prevenção do ilícito na forma do artigo 461 do Código de Processo Civil. Não há dúvidas de que a imposição de tal restrição é a medida necessária e suficiente para evitar

a repetição da prática do ato contrário ao direito, sendo que o intento da medida judicial não é sancionatório, mas essencialmente preventivo de repetição do ato de improbidade administrativa durante o longo trâmite da ação de conhecimento condenatória.

6. Referências Bibliográficas

GARCIA, Emerson. Improbidade Administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MARTINS, Fernando Rodrigues. Controle do Patrimônio Público. Comentários à Lei de Improbidade Administrativa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação da Tutela. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SOBRANE, Sergio Turra. Improbidade Administrativa – Aspectos Materiais, Dimensão Difusa e Coisa Julgada. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

1 Promotora de Justiça no Estado do Paraná.

2 Dentre os autores referidos, cita-se Emerson Garcia, o qual exemplifica como pretensões constitutivas negativas: suspensão de execução de obra ou serviço público lesivo; suspensão de “privatização” contrária ao interesse público; suspensão de ordem de pagamento quando as despesas não forem autorizadas em lei e como pretensões mandamentais: determinação de publicação de atos oficiais, ordem de imediata aplicação dos valores correspondentes às verbas mínimas na educação. (GARCIA, Emerson. Improbidade Administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 954.)

3 MARTINS, Fernando Rodrigues. Controle do Patrimônio Público. Comentários à Lei de Improbidade Administrativa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 370.

4 MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação da Tutela. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 73.

5 Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

(...)

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.

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.

6 SOBRANE, Sergio Turra. Improbidade Administrativa – Aspectos Materiais, Dimensão Difusa e Coisa Julgada. São Paulo: Editora Atlas, 2010. p.167.

7 AGRAVO DE INSTRUMENTO - DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - CONTRATAÇÃO IRREGULAR DE FORNECIMENTO DE COMBUSTÍVEL PELO MUNICÍPIO DE MIMOSO DO SUL - DECRETO DE INDISPONIBILIDADE DOS BENS - PRESENÇA DOS REQUISITOS - FUMUS BONI IURIS CARACTERIZADO PELOS DOCUMENTOS CONSTANTES NOS AUTOS - PERICULUM IN MORA PRESUMIDO - PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 7º DA LEI 8.429/1992 - PROIBIÇÃO DE ABASTECIMENTO NO POSTO ENVOLVIDO NA INVESTIGAÇÃO - DECORRÊNCIA DOS INDÍCIOS DA PRÁTICA DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - PROIBIÇÃO DE CONTRATAÇÃO PARA CARGO COMISSIONADO E DE CONTRATAR COM O PODER PÚBLICO MANTIDAS - RESGUARDO DA ÉTICA NO TRATO DA COISA PÚBLICA - DECISÃO MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO. 1 - A decretação de indisponibilidade dos bens, medida que decorre do poder geral de cautela do Juiz, há de ser deferida quando houver indícios da prática de atos de improbidade. 2 - A existência de indícios configura o fumus boni iuris necessário para a medida cautelar de decretação da indisponibilidade dos bens. 3 - Já o periculum in mora, no caso da ação civil pública por atos de improbidade administrativa, é presumido e visa garantir eventuais prejuízos causados ao erário. Precedentes do c. STJ e do e. TJ/ES. 4 - As demais medidas restritivas adotadas na espécie, tais como a proibição de novos pagamentos ao posto de gasolina que é tido pelo Ministério Público como participante de esquema fraudulento de licitação e proibição de novos abastecimentos neste mesmo estabelecimento, são medidas razoáveis e decorrência lógica da própria afirmação de existir indícios da prática de atos de improbidade administrativa. 5 - A proibição liminar de ocupar cargo comissionado na Administração Municipal e a de contratar com o Poder Público serve, dentre outros, para salvaguardar a

ética no trato da coisa pública, além de evitar a ocorrência de situações conflitantes (indícios de atos de improbidade e possibilidade de contratar com o Poder Público e de assumir cargos comissionados). Precedente. 6 - Decisão mantida. 7 - Recurso conhecido e desprovido. (*Agravo de Instrumento nº 32109000144, 1ª Câmara Cível do TJES, Rel. William Couto Gonçalves. j. 24.04.2012, unânime, DJ 09.05.2012*). Disponível em: www.tjes.jus.br.

8 *agravo de instrumento. direito público NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE improbidade administrativa. MEDIDA LIMINAR QUE DETERMINA A PROIBIÇÃO DA AGRAVANTE DE RECEBER VERBAS DO PODER PÚBLICO, BEM COMO DE COM ELE CONTRATAR, RECEBER BENEFÍCIOS OU INCENTIVOS FISCAIS E CREDITÍCIOS. POSSIBILIDADE NO CASO CONCRETO. PRESENÇA DA VEROSSIMILHANÇA DO ALEGADO PELO AUTOR. IMPERATIVIDADE DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE.*

Em alguns casos, de forma excepcional, pode o Juízo conceder a medida liminar *inaudita altera partes*, assegurando, imediatamente, o contraditório, como ocorreu no caso dos autos, em que não se pode olvidar que os fatos narrados pelo Ministério Público são de extrema gravidade e dão conta dos fortes indícios da conduta ímproba da recorrente, que envolve a utilização de recursos públicos para benefícios particulares ou de familiares; a ausência de critérios objetivos na escolha dos beneficiários em descumprimento à Lei Municipal nº. 2.309/2005; a utilização de veículos, materiais e equipamentos públicos em obra particular; a utilização do trabalho de servidores públicos e de apenados, encaminhados para prestação de serviços à comunidade, na execução de obra particular; a supressão de prova necessária ao deslinde da questão. Nessa senda, a questão exige uma ponderação entre dois valores constitucionais absolutamente importantes, que são o da moralidade e o da ampla defesa. No caso concreto, pela existência de fortes indícios da conduta ímproba, impera o princípio da moralidade administrativa, forte no art. 37, da Constituição Federal. (*Agravo de Instrumento Nº 70049407406, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Silveira Difini, Julgado em 17/10/2012*) Disponível em: www.tjrs.jus.br.

O Ministério Público Diante da Procura por Internações Psiquiátricas

Angelo Mazzuchi Santana Ferreira*¹

Síntese dogmática

O presente artigo visa dar uma visão didática e holística do sistema de internações psiquiátricas dentro da atual política Nacional da Saúde Mental, diferenciando em especial, as internações involuntárias das internações compulsórias, de forma que o agente do Ministério Público ao se deparar no seu dia-a-dia com esta questão, possa identificar se o caso concreto é, efetivamente, situação de internação compulsória ou, trata-se de involuntária, assegurando ao padecente, o caminho apropriado para o seu caso, percebendo as implicações e dificuldades afetas a cada forma de acesso à internação hospitalar, principalmente no que concerne às questões que aparecem de forma mais frequente nesta seara, evitando judicialização desnecessária e, permitindo uma atuação mais harmônica dos operadores do direito, para com os operadores do sistema público de saúde.

Justificativa do Tema

A lei 10.216/01 - Política Nacional de Saúde Mental definiu que o internamento em hospital psiquiátrico seria situação extrema e excepcional, só admissível naqueles casos em que os demais serviços da rede ambulatorial, não se mostrassem efetivos, porém, após 13 anos, a realidade com que nos deparamos, não confirma a presunção de exceção, pelo contrário, a busca por este serviço vem se intensificando e, com a diminuição da oferta de leitos dessa natureza, o que vemos é um considerável aumento por tutelas jurisdicionais que supram essa lacuna.

Objetivamos tratar neste trabalho, em primeiro plano, das possíveis causas do aumento da procura por leitos de psiquiatria, posteriormente, a partir dos tipos de internações psiquiátricas admissíveis, entender as dificuldades mais comuns neste tema e, finalmente, propor um roteiro de atuação das Promotorias de Justiça.

1. Causas prováveis do aumento da procura por leitos em hospitais de psiquiatria

1.1 Preconceito: A gênese das internações psiquiátricas está na *“Teoria do Tratamento Moral”*, de Philippe Pinel, do séc. XVIII, que partia do princípio do isolamento, bem explicado por Foucault: *“o isolamento visava garantir a segurança pessoal dos loucos e sua família, libera-los das influências externas; vencer suas resistências pessoais; submetê-lo a um regime médico; impor-lhe novos hábitos intelectuais e morais”*.² Preponderava a tese de que a *“sequestração era a primeira condição de qualquer terapêutica da loucura”*³, isso porque o

louco era perigoso, incurável e incapaz⁴ e, o manicômio era o seu único e viável mundo, desde então, perdura o mito da “loucura incurável e violenta”, especialmente para aqueles que usam abusivamente de psicoativos, o que não se confirma na prática, como consta da cartilha “Direito à Saúde Mental”, do MPF, que abaladamente afirma: “*A proporção de pessoas que cometem crimes entre os portadores de transtorno mental é menor que a proporção de pessoas que cometem crimes na população em geral.*”⁵

Essa afirmação é reforçada por uma pesquisa na Suécia, que concluiu que somente 5,2% de todos os crimes violentos cometidos entre 1988 e 2000, foram de autoria de portadores de doenças mentais, ou seja, 1 a cada 20 delitos violentos.⁶

Ainda nesse sentido, foi amplamente divulgada pela imprensa, uma operação deflagrada em meados de dezembro/11 e início de janeiro/12, pela Polícia Militar e o Poder Público Municipal de São Paulo, na região daquela capital conhecida como Cracolândia, sob a justificativa de combate a uma suposta “onda de criminalidade gerada pelos drogados que lá frequentavam”, ocorreu, porém, conforme apurou na oportunidade o *Parquet* paulista, que desde 2009 não havia qualquer notícia de fatos criminosos extremamente violentos ou, em quantidades tais, que justificassem aquela conduta repressiva, ao ponto de que, em uma semana, após quase 3.000 abordagens policiais, foram apreendidas irrisórias 447 gramas de crack.⁷

Todavia, o mito perdura e, com ele o velho clamor pela exclusão social do padecente de transtornos mentais, nada sendo melhor para isso, do que a colocação em leitos de hospitais psiquiátricos.

1.2 Ausência de processos terapêuticos eficazes: em especial para os casos de uso abusivo de álcool e outras drogas, os procedimentos terapêuticos tem se mostrado pouco resolutivos, não há medicamentos específicos e, são poucas as pesquisas sobre o emprego de terapias alternativas, gerando sensação progressiva de impotência e, intolerância para com o padecente desse tipo de transtorno mental, de forma que os próprios médicos indicam, logo em primeiro plano, a internação psiquiátrica, quando deveriam fazê-lo apenas como último recurso.

1.3 Ausência de serviços em rede: embora haja muitos serviços de assistência de saúde e, social, estes não se comunicam, não atuam em rede, sendo que de regra, o tratamento ocorre de forma fragmentada, não há continuidade e acompanhamento dos enfermos por tempo suficientemente prolongado e, de forma eficazmente coordenada, a ponto de permitir a verificação de resultados positivos, o que aumenta a procura por processos terapêuticos radicais, como as internações hospitalares.

1.4 Ausência de leitos hospitalares: A atual Política Nacional de Saúde Mental adotou mecanismos para induzir à diminuição de leitos em hospitais especializados, mas não logrou a construção de equivalente rede substitutiva, com leitos de curta duração, em hospitais gerais e, serviços em meio aberto, gerando um hiato de atendimento. Para que se tenha uma ideia desse problema, de 2002 até 2012, foram fechados cerca de 20.000 (vinte mil) leitos em hospitais de psiquiatria,⁸ quase a metade do que existia, não tendo havido correspondente emprego destes recursos, nas ações de saúde em meio aberto.

Assim, apesar da reforma psiquiátrica de iniciativa de Franco Basaglia⁹ já contar com mais de três décadas no Brasil, a rede de serviços é ainda embrionária, gerando desassistência e com isso, reforçando um nítido movimento de retorno aos hospitais, inclusive pela via judicial.

2 Modalidades de internações psiquiátricas

2.1 Internação voluntária: prevista na lei 10.216/01, art. 6º. I, tem os seguintes requisitos:

(i) existência de laudo médico fundamentado; (ii) existência de expressa, escrita e esclarecida concordância do paciente; (iii) existência de vaga em hospital geral ou especializado em psiquiatria, a ser disponibilizada pelo Gestor de Saúde, com responsabilidade sanitária sobre os serviços de leitos hospitalares.

2.2 Internação involuntária: prevista na lei 10.216/01, art. 6º. II, tem os seguintes requisitos: (i) existência de laudo médico fundamentado; (ii) existência de concordância do responsável pelo paciente; (iii) não aceitação pelo paciente, do tratamento ou, impossibilidade de concordar expressamente com o mesmo; (iii) disponibilização de vaga pelo Gestor de Saúde, com responsabilidade sanitária sobre os serviços de leitos hospitalares.

2.3 Internação compulsória: prevista na lei 10.216/01, art. 6º. III, tem os seguintes requisitos: (i) existência de laudo médico fundamentado; (ii) independe da vontade do paciente ou, de seu representante; (iii) exige a existência de processo judicial, que obedeça ao devido processo legal; (iv) não depende de vaga a ser disponibilizada pelo Gestor de Saúde, é o juiz do processo que define o local do internamento; (v) depende de decisão judicial, que impõe a internação contra um réu/requerido, que está no polo passivo da relação processual; (vi) só cabe nos casos expressos em lei específica, que preveja/autorize, que o juízo mande internar em estabelecimento hospitalar de psiquiatria, sendo os seguintes, os casos mais comuns: **vi-i Medida de Segurança** – com previsão no CP e CPP, determinada pelo juiz do processo criminal; **vi-ii. Medida de Segurança Intercorrente** – com previsão na LEP, decorre da execução da pena e, determinada pelo juiz da execução; **vi-iii. Medida Sócio-Educativa** – com previsão no Estatuto da Criança e Adolescente, Arts. 112. VII c/c 101, V para o caso de adolescente em conflito com a lei, a ser decretada pelo Juízo da VIJ, no processo por ato infracional; **vi-iv Medida de Proteção** - com previsão no Estatuto da Criança e Adolescente, Art. 101, V, para o caso de criança ou adolescente em condição de risco social, a ser decretada pelo Juízo da VIJ; **vi-v Medida de Proteção de Idoso** - com previsão no Estatuto do Idoso, Lei 10. 741/03, Arts. 43 c/c 45, III a ser decretado pelo juízo cível a requerimento do Ministério Público.¹⁰

3 A aplicação abusiva da internação compulsória

É indiscutível que vem crescendo o número de pedidos de internações compulsórias, especialmente contra padecentes de transtornos mentais decorrentes do uso abusivo de psicoativos e, o que se vê na maioria dos casos, é a utilização equivocada deste instituto, com violações grotescas do Princípio da Dignidade, fruto da intolerância social para com o padecimento mental, já que *“no reconhecimento da dignidade humana está contida a tolerância”*¹¹ bem como, por meio do total desrespeito ao Devido Processo Legal Substantivo, insculpido no art. 5º. II da Carta Política de 88, que assegura a liberdade individual de opção, *“senão em virtude de lei”*.

Tais decretos judiciais, como já dissemos, são na imensa maioria das vezes, direcionados à proteção do demandado padecente de transtorno mental e, por isso, bem-intencionados, porém, não menos abusivos nem, mais toleráveis.

Note-se que o princípio constitucional por último citado, exige lei para que haja internação psiquiátrica decretada judicialmente e, esta é a Lei 10.216/01, que em seu art. 6º. III c/c 9º determina que o juiz decrete a internação dita compulsória, nos termos da “*legislação vigente*” ou seja, quando houver lei específica que a autorize e, como vimos acima, as leis específicas existentes smj, se restringem aos casos de Medida de Segurança (CP, CPP e LEP), Medida Sócio-Educativa (ECA Arts. 112. VII c/c 101, V) Medida de Proteção (ECA Art. 101, V) e, Medida de Proteção de Idoso (EI Arts. 43 c/c 45, III), fora desses casos, é evidente que descabe a medida de internação Compulsória.

De forma geral, o que vemos são internações psiquiátricas promovidas contra enfermos, porque (i) não aceitam serem submetidos a avaliações psiquiátricas; (ii) quando avaliados, resistem a serem levados até o hospital de tratamento; (iii) quando estão em condições de serem levados para o tratamento, este não é disponibilizado pelo Poder Público. Vejam que para nenhuma das hipóteses acima, existe previsão legal para exarar decreto judicial de internação compulsória.

4 Superando as dificuldades de acesso à internação involuntária

Afirma Raffaele de Giorgi que: “*mais inclusão significa mais exclusão*”¹² e, de fato, desde 2001 estamos aprimorando um sistema de inclusão social, que passa por uma rede de assistência à saúde mental, com tratamento ambulatorial ou, domiciliar, mas que necessita, ainda que de forma excepcional, como *ultima rattoo*, de serviços terciários, os chamados hospitais psiquiátricos, que todavia, hoje são de difícil acesso por diversas causas, dentre elas, a própria falta de leitos, o que confirma que o aprimoramento do sistema de saúde, acaba também, em determinadas ocasiões, gerando mais exclusão, decorrente no mais das vezes, da ausência de mecanismos de acessibilidade, estes inerentes à própria complexidade do sistema.

Na sequência, passaremos a enumerar situação corriqueira, com as quais os Promotores de Justiça, amiúde se deparam, quando são procurados por usuários do Serviço Único de Saúde, que às promotorias se dirigem, com alguns poucos documentos em mãos, problemas de longos anos e, esperançosos em obterem um tratamento que lhes vem sendo negado sistematicamente.

(i) Negativa do paciente em ir até o serviço ambulatorial de saúde: especialmente quando se trata de dependente de drogas, o enfermo não aceita nem comparecer à consulta médica, sendo que a informação que de regra é passada ao familiar, é de que sem a presença do padecente, não é possível ser feita a avaliação médica e, portanto não pode ser exarado o correspondente “Laudo Médico Circunstanciado”, sem o qual, nem mesmo se inicia a busca por vaga em hospital psiquiátrico. É certo que o referido Laudo é imprescindível, mas não é verdade que só pode ser obtido, com a ida do enfermo até o serviço de saúde. Para enfrentar problemas como este, a Atenção Primária de Saúde dispõe de equipes volantes, compostas de clínicos e outros profissionais da saúde e, que tem o dever de ir até onde o usuário do sistema público está, quando o contrário não se mostra possível. Nos lugares onde houver qualquer um dos CAPS - Centro de Atenção Psicossocial, ainda que não seja o de álcool e drogas, sugere-se que o Promotor de Justiça requirite que a equipe se desloque até onde o

paciente se encontra e, proceda a avaliação e, correspondente diagnóstico do mesmo. Nos locais onde não houver esse serviço específico de atenção primária de saúde mental, sugerimos que o mesmo seja requisitado para que a Secretaria Municipal de Saúde mande deslocar qualquer uma das Equipes da Estratégia Saúde da Família. De regra, as ESF raramente se aventuram voluntariamente a tanto, porque não possuem treinamento nem, conformação para esse tipo de atendimento, mas isso não lhes retira a obrigação. Detectando situação de ausência de ESF treinada para esse fim, é apropriado que o Parquet envie Recomendação Administrativa ao gestor de saúde, de sorte que em prazo assinado, proceda a medidas destinadas a suprir essa falta. Por sinal, o Plano Estadual de Saúde do Paraná 2012/2015 reconhece como objetivo a necessidade de *“implantar equipes comunitárias para trabalhar a promoção à saúde mental, a prevenção e o suporte aos pacientes, às famílias e às comunidades”*¹³ sendo que aprovou a “Deliberação no. 86”, que destacou como objetivo a implantação da rede de serviços substitutivos em saúde mental em todos os seus níveis de assistência, incluindo atendimentos móveis.

(ii) Negativa do paciente já avaliado, em ir até o hospital de tratamento psiquiátrico: tem sido comum, quando o paciente não aceite ir até o hospital, para ser internado, que a família seja orientada pelo próprio serviço de saúde, a ir até o Ministério Público, de sorte a obter uma ordem judicial, que o obrigue ao internamento. Deparando-se com tal reclamação, sugerimos que o Promotor de Justiça advirta o Gestor de Saúde de que esta orientação é errada e, que não é preciso ordem judicial para que o serviço de saúde, por meios de suas equipes, localize e contenha o enfermo. Esta conduta deverá ser executada por uma ESF e, poderá se valer conforme o caso, de auxílio do SAMU, que poderá mesmo se entender preciso, solicitar ajuda do Corpo de Bombeiros e/ou da Polícia Militar, valendo-se para tanto, de meios e técnicas de persuasão e/ou contenção física moderada (correias) e, química (soporíferos). Nem mesmo o argumento de que o padecente está em surto psicótico, escondendo-se, fugindo ou, colocando-se em condição de resistir ao agir da equipe de saúde, justifica a inação desta, mesmo porque, nesta hipótese estaríamos diante de uma situação de urgência psiquiátrica e, a portaria 2048/03 já prevê esse agir.

(iii) indisponibilidade de vaga em hospital psiquiátrico, pelo Gestor de saúde competente: leitos de psiquiatria são considerados serviços de média/alta complexidades, de sorte que excedem à Atenção Primária de Saúde. Uma vez que o Promotor de Justiça se depare com a reclamação da família ou de terceiros, de falta de vaga em hospital psiquiátrico, deverá verificar o Pacto de Gestão, firmado por meio do “Termo de Compromisso de Gestão” do município de origem do enfermo. Naquele documento estará definido se é o Gestor Municipal ou, o Gestor Estadual de Saúde, que deverá disponibilizar a vaga hospitalar, lembrando sempre, que a competência do Estado é residual, ou seja, se o TCG nada disser sobre leitos de psiquiatria, esta atribuição é de responsabilidade do Estado. Outra coisa que não podemos esquecer, é que os leitos são regulados por uma “Central de Leitos”, mas esta não tem personalidade jurídica própria, quem responde por este serviço é o Gestor de Saúde. Finalmente, leito hospitalar é serviço fundamental de saúde e, não pode o Gestor deixar de disponibilizar sob qualquer argumento, seja inexistência de vaga, seja de recursos, mesmo porque, a alegação sempre presente, da Reserva do Possível, falece frente ao Mínimo Existencial, posição predominante na jurisprudência.¹⁴

É evidente que diante da inação do Poder Público, cabe ao Parquet oficial ao gestor de

saúde, para que disponibilize o serviço de saúde de que necessita aquele enfermo mas, se ainda assim perdurar a situação de desassistência, não restará outro caminho ao agente ministerial ou, defensor público, senão demandar em busca de uma tutela jurisdicional, sendo que devemos ter claro que tal pedido, não será de internação compulsória e sim, de mera ação de obrigação de fazer, a internação segue a ser involuntária. Veja-se que na internação compulsória, a demanda é movida contra o enfermo, na ação a ser intentada neste caso, a demanda é movida contra o gestor de saúde omissor. Da mesma forma, na compulsória, pretende-se impor a alguém, um tratamento em condições e local, definidos pelo juiz, nos termos da lei, ao passo que na ação sugerida para este caso, pede-se que o Poder Público seja compelido a disponibilizar vaga para que o paciente seja tratado, onde e como esta vaga será obtida, é algo que cabe ao gestor de saúde, resolver.

Ainda nesse mesmo sentido, devemos lembrar que o Ministério Público pode e deve, exaurir as vias administrativas, antes de propor a ação sugerida, isso por duas razões: a primeira porque é função do *Parquet*, buscar solucionar conflitos sobre direitos fundamentais, fora do caminho da judicialização, é o que Felipe Dutra Asensi chamou de “juridicização”¹⁵ devendo fazê-lo por meio de um Inquérito Civil, através de medidas práticas, lembrando que, nas palavras de ROTUNDO: “...o principal objetivo do inquérito civil será solucionar o problema sem o ajuizamento da ACP...”¹⁶, outra porque, na prática ao assim agir, o Ministério Público acaba chamando para si, uma responsabilidade de gestão, situação que pode ao final, ser muito cômoda ao gestor.

(iv) Laudos Médicos Nulos: não raramente, nos casos acima, a família já leva em mãos, ao Ministério Público, os documentos necessários para que se inicie o tratamento. Talvez o mais importante seja o Laudo Médico Circunstanciado/Fundamentado. É importante que seja verificado se aquele documento está apto a gerar os efeitos que dele são esperados. Não podem ser aceitos laudos que descumpram as exigências da Resolução CFM no. 1931/09, arts. 11, 80 e 87, estes documentos devem ser legíveis, com identificação do profissional que prescreveu, com descrição dos atos praticados, em formulário adequado e, especialmente, deve trazer os fundamentos da necessidade da internação, demonstrando a sua excepcionalidade. É imprestável o Laudo Médico que se limita a afirmar que o paciente “necessita” do internamento. Sugerimos inclusive, com base na lei 12.842/13, art. 3º. que define que o médico assistente do paciente, deverá “*atuar em mútua colaboração com os demais profissionais de saúde que a compõem*”, que seja requisitado da equipe de saúde que acompanhou o enfermo, que forneça Laudo Psicológico e, Estudo Social, para confirmar a necessidade de internação como “medida excepcional”, bem como, para evidenciar que o paciente está sendo mesmo, acompanhado por aquela Equipe de Saúde/SUS e não, que o médico apenas ratificou algum laudo particular.

(v) Quem pode pedir internamento involuntário: ocorre que muitas vezes, não é nenhum familiar que vem ao Ministério Público, solicitando nossa atuação para que determinada pessoa, tenha acesso à internação em hospital psiquiátrico, mas sim agentes de saúde, agentes sociais, conselheiros tutelares e outros do gênero, dizendo que o enfermo precisa de internação compulsória, porque justamente, não há ninguém de sua família ou, que tenha vínculo jurídico (guardião, curador...) com o mesmo, para solicitar sua internação involuntária.

Efetivamente, a lei 10.216/10, II define que internação involuntária se dá a pedido de terceiro, sem contudo, dizer quem é esse terceiro. A solução parece ficar por conta do § 2º do

mesmo dispositivo, que pontua que a alta será solicitada pelo familiar, responsável legal, ou especialista responsável pelo tratamento, portanto, entende-se de modo geral, que terceiro com capacidade de solicitar o internamento involuntário, seja o familiar ou, o responsável legal.

Mas como vimos acima, há ocasiões em que o padecente está tão socialmente fragilizado, que não conta com nenhum familiar ou, qualquer responsável legal formalizado, é o caso do adolescente dependente de drogas, albergado em uma instituição social, sem família em local conhecido, ou ainda, o andarilho encontrado drogado pela enésima vez, caído pelas ruas da cidade, sem documentos, memória e familiares em local sabido. Em ambos os casos, havendo necessidade de tratamento em hospital psiquiátrico, seria um despropósito exigir que a prestação deste serviço essencial, tivesse que esperar pela regularização da guarda, para o adolescente ou, da interdição com nomeação de curador, para o andarilho, como condição para o tratamento psiquiátrico. A solução deste problema advém da aplicação da Teoria do *Parens Patriae*¹⁷ por meio da qual: “[...]o estado é obrigado a atuar com características paternas em relação aqueles indivíduos que não são capazes de cuidar de si mesmos. [...] o estado tem o dever de proteger as pessoas que podem se colocar em risco.”

Assim, com base nesta posição, o Promotor de Justiça pode enfrentar com sucesso as situações acima referidas, chamando os agentes públicos que assistem ao padecente, orientando-os a assumirem a condição de “terceiros” nos moldes do art. 6º. II da Lei 10.216/01 e assim, em sendo o caso, exercendo os cuidados sociais e sanitários, sobre aquele específico indivíduo, passando o Conselheiro Tutelar na hipótese do adolescente ou, o Assistente Social, no caso do andarilho, a estar capacitado para autorizar/solicitar a medida de internação involuntária.

(vi) Negativa de hospital psiquiátrico em aceitar paciente que não quer a internação: alguns hospitais se negam a receber internações involuntárias (especialmente quando se trata de dependência de crack). Justificam essa recalcitrância, citando o art. 24 do Código de Ética Médica, que veda a imposição de tratamento de saúde, devendo ser assegurado ao paciente, o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar. Este argumento vem ainda, reforçado por diversas leis estaduais, como a Lei Estadual -PR nº 14254, que em seu art. 2º, inc. XII, afirma ser direito do enfermo “*consentir ou recusar procedimentos diagnósticos ou terapêuticos de forma livre, voluntária e esclarecida.*” Veja-se, no entanto, que não podemos aceitar tal postura, porque em se tratando de internamento psiquiátrico involuntário, desde que cumpridos seus requisitos, prevalece a Lei 10.216/01, contra o Código de Ética Médica, porque este é mero regulamento, tratando-se de Resolução do CFM (Res. 1931/09), não prevalecendo sobre a lei. Por outro lado, contra a Lei Estadual, havemos de sustentar que, nos termos dos §§ 1º. e 2º. do art. 24 da CF/88, a competência legislativa em matéria sanitária dos estados, é suplementar à da União, o que significa que não podem contrariar a lei federal, nem diminuir a eficácia desta, de sorte que o art. 2º, inc. XII, da Lei Estadual citada como exemplo, deverá ser lido da seguinte forma: “*fica assegurado ao paciente consentir ou recusar procedimentos diagnósticos ou terapêuticos de forma livre, voluntária e esclarecida, exceto quando se tratar de internação psiquiátrica involuntária.*”

(vii) Execução de práticas de processos terapêuticos invasivos: como é sabido, toda internação involuntária (e posterior alta) deve ser comunicada ao Ministério Público, mas não os métodos empregados durante o tratamento por exemplo, psicoterapia de grupo ou individual, sessões de terapia laboral ou não e etc... pois estes se presumem autorizados com a solicitação/autorização para a internação. Mas não podemos esquecer que, em um passado

recente, foram utilizados métodos extremamente invasivos e agressivos, muitos dos quais, não mais utilizados nos dias de hoje, como é o caso da lobotomia,¹⁸ outros utilizados de forma moderada, como a contensão física, a exemplo das camas com grades e correias, hodiernamente substituídas por faixas usadas para contensão; e finalmente, outras técnicas mantidas até hoje, como a eletroconvulsoterapia (ECT), conhecido como eletrochoque, que ainda consta do conjunto de procedimentos médicos aceitos pelo Conselho Federal de Medicina.¹⁹ Embora este, e outros procedimentos, sejam admissíveis, o risco à saúde não pode ser descartado, portanto, em nenhuma hipótese podem ser executados sem a anuência expressa do paciente ou, de seu representante legal caso seja incapaz, não se aplicando aqui, o *parens patriae*²⁰ pois o art 15 do Código Civil Brasileiro veda a submissão de tratamentos que gerem risco à vida e saúde do enfermo, contra a sua vontade, o mesmo sendo dito pela Resolução nº 1995/12 do Conselho Federal de Medicina, que dispõe sobre as *diretivas antecipadas de vontade dos pacientes*, reconhecendo a este, liberdade de escolha em não se submeter a tratamentos invasivos ou dolorosos em casos clínicos e, finalmente, o Enunciado nº 533, do Conselho da Justiça Federal (CJF), garante ao paciente *“deliberar sobre todos os aspectos concernentes a tratamento médico que possa lhe causar risco de vida, seja imediato ou mediato, salvo as situações de emergência ou no curso de procedimentos médicos cirúrgicos que não possam ser interrompidos”*.

Conclusão

O preconceito, a ausência de processos terapêuticos eficazes, a falta de serviços em rede e, a escassez de leitos, constituem algumas das causas do aumento pela procura de leitos para internações psiquiátricas e, em especial, da propositura de internações compulsórias, estas, na maior parte das vezes, indevidas.

As vias ordinárias de acesso do padecente de transtorno mental, a leito de hospital psiquiátrico, consistem nas internações voluntária e involuntária, ambas preconizadas pela Lei 10.216/01, já a internação compulsória, ainda que igualmente prevista na Política Nacional de Saúde Mental, é medida excepcional só admissível para casos que haja lei expressa especificando tal medida, sendo que identificamos aqui, smj, as hipóteses mais utilizadas de internação compulsória, tais como a Medida de Segurança, prevista no CP, CPP e LEP, a Medida Sócio Educativa e, a Medida de Proteção com previsão no ECA e, a Medida de Proteção de Idoso, com previsão no Estatuto do Idoso.

Ocorre que, diante das dificuldades em acessar leitos hospitalares, o Ministério Público tem sido procurado por familiares de padecentes, serviços públicos, ONGs e outros, sempre com solicitações de ingresso de ações em juízo, pretendendo internações compulsórias.

É um grave erro propor tais ações sem antes fazer profunda reflexão, porque o Poder Judiciário não pode substituir os gestores de saúde, já que existe uma plêiade de técnicas, mecanismos e serviços administrativos capazes de resolverem a maioria esmagadora dos casos por meio das internações voluntárias e involuntárias, além disso, porque a internação compulsória tem aplicação extremamente restrita.

Para auxiliar na reflexão proposta, diferenciamos as formas de internações e, na sequência enumeramos as situações mais comuns, que levam a população aos nossos gabinetes na procura de tutela judicial e, sugerimos algumas condutas práticas a serem adotadas na esfera

extrajudicial ou, judicial, porém, com ressalvas.

Assim, identificamos que em muitos casos, o Ministério Público é procurado porque o paciente não aceita comparecer à consulta médica e, o serviço público de saúde não oferta, como deveria, a possibilidade da equipe de saúde ir até o enfermo. O mesmo ocorre quando o paciente resiste em ir até o hospital de tratamento psiquiátrico para ser internado, não sendo necessária ordem judicial para isso, senão uma Equipe Saúde da Família auxiliada, em casos extremos, pelo Corpo de Bombeiros e/ou da Polícia Militar.

Fizemos especial referência à omissão do gestor de saúde, em disponibilizar leito hospitalar de psiquiatria, porque esta é a principal causa de demandas judiciais, de sorte que destacamos que há meios administrativos para resolver isso e, em última hipótese, admitimos processos judiciais, porém, ressaltando não se tratar de internação compulsória e sim, ação ordinária por obrigação de fazer, movida contra o gestor de saúde omissor.

Na sequência tratamos sobre algumas situações que de forma corrente, chegam nas promotorias, tais como, Laudos Médicos nulos ou inválidos; quem pode pedir o internamento involuntário, em especial na falta de familiares; como agir em face de negativa de hospital psiquiátrico em aceitar paciente que não quer a internação e, finalmente como portar-se, o Promotor de Justiça, diante da execução de práticas de processos terapêuticos invasivos nas internações involuntárias.

Referências

AMARANTE, Paulo. **O Homem e a serpente, outras histórias para a loucura e a psiquiatria**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2003.

ANTUNES. Eleonora Haddad. Lúcia Helena Siqueira Barbosa e Lygia Maria de França Pereira. **Psiquiatria, loucura e arte**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2002.

ASENSI. Felipe Dutra. **Curso prático de argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2010.

COSTA. Augusto Cesar de Faria. **Direito, saúde mental e reforma psiquiátrica**. publicado no Vol. I de Coletânea de Textos de Direito Sanitário e Saúde Pública. Brasília: Ministério da Saúde, 2003.

DESVIAT, Manuel. **Reforma psiquiátrica**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2002.

FOULCOULT, Michel. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Editora Graal, 1979.

GIORGI. Raffaele de. **Direito, democracia e risco, vínculos com o futuro**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editora, 1998.

HUSS. Matthew. **Psicologia forense, pesquisa, prática clínica e aplicações**. Porto Alegre: Artmed editora, 2011.

HOLLINGHAM. Richard. **Sangue e entranhas**. São Paulo: editor Geração, 2011.

ROTUNNO. Angela Salto. Artigo publicado em **Direito Sanitário**. Rio de Janeiro: Campos Jurídicos editora, 2012.

SARLET. Ingo Wolfgang. **Dimensões da dignidade**. 2a. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009.

SAÚDE. Ministério da. **Dados 10**. Ano VII, nº 10, Brasília 2012. Vide <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/mentaldados10.pdf>

SAÚDE. Secretaria Estadual de. **Plano estadual de saúde do paraná 2012/2015**. Curitiba: Editora oficial, 2013.

<http://blogs.estadao.com.br/sinapses/crimes-e-insanidade-mental/>

<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2012/01/mp-instaura-inquerito-civil-para-apurar-operacao-na-cracolandia.html>

* Especializada - Saúde Pública

Angelo Mazzuchi Santana Ferreira, promotor de justiça, lotado desde 2001 na 9ª. PJ/Saúde Pública/Cascavel, especialista pela Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul e, mestre em Processo Civil e Cidadania pela UNIPAR.

2 FOULCOULT, Michel. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Editora Graal, 1979, p. 126.

3 AMARANTE, Paulo. **O Homem e a serpente, outras histórias para a loucura e a psiquiatria**. Rio de Janeiro: editora Fiocruz, 2003, p. 49

4 FARIA COSTA. AUGUSTO CESAR DE. **Direito sanitário e saúde pública**. Brasília/DF: Ed. Do Ministério da Saúde, Vol. I, 2003, p. 145 e seguintes.

5 [Cartilha Direito à Saúde Mental, MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL / PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO, p.18.](#)

6 <http://blogs.estadao.com.br/sinapses/crimes-e-insanidade-mental/>

7 <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2012/01/mp-instaura-inquerito-civil-para-apurar-operacao-na-cracolandia.html>

8 Saúde Mental em Dados 10 - Ministério da Saúde - Secretaria de Atenção à Saúde - Departamento de Ações Programáticas Estratégicas - Coordenação Geral de Saúde Mental, Álcool e Outras Drogas. Ano VII, nº 10, março de 2012, p. 16 - <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/mentaldados10.pdf>

9 DESVIAT, Manuel. Reforma psiquiátrica. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2002, p. 44/45.

10 Estatuto do Idoso- Art. 45. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 43, o Ministério Público ou o Poder Judiciário, a requerimento daquele, poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas: III – requisição para tratamento de sua saúde, em regime (...) hospitalar (...)

11 SARLET. Ingo Wolfgang. **Dimensões da dignidade**. 2a. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009, p. 208

12 GIORGI. Raffaele de. **Direito, democracia e risco, vínculos com o futuro**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editora, 1998, p.161

13 Secretaria Estadual de Saúde do Paraná. **Plano estadual de saúde do paraná 2012/2015**. Curitiba: Editor Oficial, 2013, p. 57

14 ADMINISTRATIVO E CIVIL - TRATAMENTO DE CÂNCER - URGÊNCIA NA INTERNAÇÃO - UNIÃO FEDERAL - LEGITIMIDADE. 1- O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria [Constituição](#) da República (art. 196). 2- O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. 3- A saúde é direito de todos e dever do Estado e, como tal, por este deve ser mantido e suportado. 4- Em oposição à tese da •reserva do possível–, defendida pela União Federal, temos a adoção pelo Supremo Tribunal Federal da preservação do núcleo consubstanciador do •mínimo existencial–. A Suprema Corte vem aceitando a denominada •dimensão política de jurisdição constitucional–, que permite o exercício do controle judicial em tema de implementação de políticas públicas para garantir o •mínimo existencial–. 5- Reconhecido o direito da autora à internação no INCA, bem como à realização do seu tratamento e aos procedimentos para restabelecimento de sua saúde. 6- Apelação provida. Sentença reformada.

15 ASENSI. Felipe Dutra. Curso prático de argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2010, p. 16.

16 ROTUNNO. Angela Salto. Artigo publicado em **Direito Sanitário**. Rio de Janeiro: Campos Jurídicos editora, 2012, p. 522

17 HUSS. Matthew. **Psicologia forense, pesquisa, prática clínica e aplicações**. Porto Alegre: Artmed editora, 2011, p. 222

18 HOLLINGHAM. Richard. **Sangue e entranhas. São Paulo: editor Geração, 2011**. p. 301

19 COSTA. Augusto Cesar de Faria. **Direito, saúde mental e reforma psiquiátrica**. publicado no Vol. I de Coletânea de Textos de Direito Sanitário e Saúde Pública. Brasília: Ministério da Saúde, 2003, p. 159.

20 ANTUNES. Eleonora Haddad. Lúcia Helena Siqueira Barbosa e Lygia Maria de França Pereira. **Psiquiatria, loucura e arte**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2002, p. 47

As Insuficiências da Atenção Primária à Saúde e suas Questões Problemáticas de “Espaço” e “Gente”: uma Proposta de Atuação Ministerial no Tocante à Estruturação de Unidades Básicas de Saúde e Equipes/Estratégias de Saúde da Família

Ângelo Mazzuchi Santana Ferreira¹

Márcio Soares Berclaz²

Síntese dogmática

O presente artigo propõe que a atuação planejada do Ministério Público no zelo da saúde como serviço de relevância pública (artigo 129, II c/c artigo 196 da Constituição) deve priorizar a fiscalização dos recursos materiais (instalações) e humanos disponíveis, respectivamente, das Unidades Básicas de Saúde (UBS) e Estratégias/Equipes de Saúde da Família (ESF). Propõe-se roteiro ministerial de atuação prioritariamente “resolutiva” e secundariamente “demandista” partindo dos parâmetros mínimos para atingimento dos níveis ideais, salientando-se particularidades e aspectos relevantes em cada um dos assuntos, bem como destacando a importância do trabalho ser desenvolvido em conjunto com outros órgãos e instituições (ex: Conselhos Municipais, gestores de saúde nos níveis estaduais e federais, Tribunais de Contas etc), inclusive com possibilidade de se avaliar possibilidade de responsabilidade por ato de improbidade administrativa (Lei 8.429/92) de parte dos gestores (Secretário Municipal de Saúde e Prefeito Municipal) por eventuais omissões na realização do direito fundamental à saúde. Destaca-se, também, necessidade de adequação e não fechamento ou encerramento das unidades e equipes existentes em virtude da vedação do retrocesso em matéria de direitos fundamentais (artigo 6º da Constituição).

Exposição/Justificativa

Sendo atribuição constitucional das mais importantes do Ministério Público zelar pela saúde como serviço de relevância pública (artigo 129, II, c/c artigo 196 da Constituição da República), torna-se necessário discutir que tipo de planejamento ou critério pode ser adotado pelo membro ministerial na execução da sua atividade finalística relacionada à promoção do direito fundamental à saúde (artigo 6º da Constituição).

Considerando que a atenção primária é uma das grandes áreas de atuação ministerial no âmbito da saúde pública, a presente tese propõe roteiro de trabalho para operacionalizar o desempenho de providências no sentido de fortalecimento desse nível de atenção no que diz

respeito aos requisitos humanos e materiais pertinentes às Equipes/Estratégia de Saúde da Família – ESF e, às Unidades Básicas de Saúde – UBS, pressupostos necessários ao funcionamento digno, adequado e organizado do SUS – Sistema Único de Saúde. Tal pretensão é não só uma forma de delimitar um campo de atuação factível³, específico e prioritário de parte do Ministério Público no alcance de sua ampla gama de atribuições, mas também uma forma de salientar a importância que haja cobrança, controle e fiscalização sobre a administração da saúde pública.

A experiência ministerial adquirida permite constatar que, de maneira geral, a gestão⁴ sanitária efetivada pelos municípios no tocante aos pontos sob análise não se mostra adequada e eficiente (artigo 37 da Constituição). O sistema de financiamento do SUS não propicia, pelo menos de modo ordinário, que os recursos materiais e humanos sejam necessários para a estruturação da política de saúde pública se efetive de modo adequado.

Tal constatação decorre do fato de que duas principais referências para o nosso sistema público de saúde do ponto de vista material e humano, quais sejam, as Unidades Básicas de Saúde (UBS)⁵ e Equipes/Estratégicas de Saúde da Família (ESF), mostram-se insuficientes para atender suas populações referenciadas. Ao contrário do que seria exigível, o que se tem visto, de modo geral, é a total ausência de medidas de readequações, reestruturações e manutenções da estrutura existente.

As razões dos problemas abrangem, respectivamente, a falta de espaço físico e instalações adequadas de modo a cumprir atendimento com as normas sanitárias, alcançando, de outro lado, a ausência de recursos humanos suficientes, com plano de cargos e carreira adequada e própria para o desempenho dessas relevantes funções. Desnecessário dizer que enorme é o prejuízo decorrente deste estado de coisas, pois “espaço” e “gente” são dois elementos estruturantes de qualquer sistema de saúde pública que preze por mínima resolutividade e qualidade no atendimento.

A proposta deste trabalho é justamente apresentar uma estratégia e linha de ação para o trabalho do Ministério Público⁶ no campo sanitário, o qual pode ocorrer de modo célere e capaz de colher resultados, contanto que sejam adotadas estratégias para combater as irregularidades constatadas. Pretende-se permitir que o membro do Ministério Público possa adotar medidas no sentido de diagnosticar a realidade das UBS situadas no âmbito do seu raio de atuação (ambiente físico bem localizado e estruturado de modo adequado com os espaços, equipamentos e insumos preconizados), suficiência ou não das ESF (quantidade das equipes, natureza e diversidade dos profissionais, treinamento e formação continuada recebida, grau de organização e estruturação da carreira etc).

Em outras palavras, quer-se apontar, em rol meramente ilustrativo, possibilidades resolutivas e demandistas de atuação do Ministério Público, respectivamente para prevenção, correção e repressão de irregularidades e eventuais ilegalidades que podem incidir sobre a atuação dos gestores de saúde no que diz respeito ao tema em questão, tudo para que a atenção primária, que é responsável por 80 a 85% das demandas, contemple serviços dentro dos parâmetros (num primeiro momento “mínimos” e num segundo momento “ideais”) exigidos pelo ordenamento jurídico. Até mesmo porque sabe-se que a parte cível, se bem executada, mostra-se extremamente resolutiva para gerir todos os serviços de promoção e prevenção de saúde⁷ por um custo imensamente inferior ao que seria despendido junto aos demais níveis.

O fato é que, na maioria dos quase seis mil municípios brasileiros, a política de atenção primária à saúde depende da promoção de iniciativas (visitas domiciliares, consultas nas unidades básicas de saúde, exames de rotina etc), práticas e rastreamento epidemiológico voltados à proteção da saúde da criança (ex: puericultura, teste do pezinho etc), da mulher (ex: papanicolau, pré-natal, mamografia etc), do adulto (ex: exames de rotina etc), do idoso, da saúde mental⁸, tudo de modo a permitir o tratamento clínico e tempestivo de modo a diagnosticar problemas indicativos de hábitos de vida equivocados para prevenção ou detecção precoce de doenças tanto no plano individual, familiar e comunitário⁹.

A propósito, nos termos do Pacto pela Saúde, documento firmado por meio da Portaria MS/GM 399/06, todos os municípios brasileiros assumiram, natural e obrigatoriamente, responsabilidade primordial pela gestão da atenção primária de saúde, sem prejuízo da diferenciação da execução de serviços nos demais níveis e complexidades por determinados entes. Não há, portanto, nenhum município brasileiro que não seja o gestor responsável pela execução da atenção primária de saúde em seu território. Desta situação, emerge de forma indubitável, a responsabilidade administrativa dos responsáveis pela gestão municipal de saúde (leia-se: o Secretário Municipal de Saúde nomeado num primeiro plano e, em segundo momento, o próprio Prefeito Municipal responsável pela escolha do primeiro e supervisão de suas atividades, na forma do artigo 37, V, da Constituição). Vale para o âmbito sanitário o mesmo que se aplica para toda a administração pública ou seja: *“toda ação ou omissão de um agente público que contraria o ordenamento jurídico, sujeitará o mesmo às sanções previstas em lei.”*¹⁰. Assim, não se pode tolerar que os gestores locais violem o sólido quadro normativo¹¹ abstendo-se, impune e irresponsavelmente, de prover os meios os meios necessários para atingir os níveis mínimos e satisfatórios, tanto o número de Unidades Básicas de saúde e/ou Equipes Saúde da Família, como a execução da construção e/ou reformas e adequações necessárias às unidades vinculadas ao funcionamento da atenção primária.

As principais exigências objetivas e mínimas sob o ponto de vista normativo para as questões de “espaço” e “gente” da atenção primária no âmbito do SUS são: 1) no âmbito populacional: a previsão de uma equipe de saúde da família para até 4.000 habitantes adscritos; 2) no tocante à cada sede de unidade de saúde: no mínimo uma e no máximo quatro equipes saúde da família, para atendimento de 4.000 a 16.000 pessoas, além da equipe de saúde bucal, o que pressupõe estrutura física e insumos em qualidade e quantidade para permitir a realização de atenção primária, o que será aferido no caso a caso, de acordo com as necessidades locais, pelos Conselho Regionais de Farmácia, Medicina, Enfermagem e, pelas Vigilâncias Sanitárias; 3) quadro de profissionais: no mínimo um médico generalista, um enfermeiro, dois auxiliares de enfermagem e um Agente Comunitário de Saúde (ACS)¹² para cada 750 pessoas, além de um cirurgião-dentista e auxiliar de consultório dentário.

Demonstrando que há um grande descompasso entre a abstração prevista na norma e o nível concreto dos serviços de saúde, pode-se afirmar que existem pelo menos 4 (quatro) situações problemáticas possíveis no âmbito da atenção primária: 1) número de unidades e/ou equipes inferior ao preconizado; 2) estruturação material precária dos serviços de modo a desatender as exigências mínimas do sistema; 3) recursos humanos insuficientes para a demanda populacional e local¹³; 4) ausência de fluxos pré-definidos de retaguarda, em níveis secundários e terciários, a contar das UBS e ESF.

Diante deste quadro, o roteiro de atuação que se propõe em linhas gerais abrangeria as seguintes etapas: 1) levantamento de dados relativos ao número ideal de equipes de ESF; 2) levantamento de dados indicativos da localização e diagnóstico situacional das unidades básicas de saúde; 3) realização de reuniões com os coordenadores das unidades da ESF e das UBS juntamente com representantes do Controle Social (Conselhos Municipais de Saúde¹⁴) para compreender as necessidades, dificuldades e principais problemas enfrentados; 4) realização de reunião com o Gestor de saúde para discutir as questões de modo a permitir-lhe o contraditório, confrontando-se a realidade encontrada com a normativa existente e, inclusive, com as diretrizes do Plano Municipal de Saúde (artigo 36, parágrafo primeiro, da Lei 8.080/90¹⁵); 5) proposta de encaminhamento e sugestão aos Conselhos Municipais de Saúde¹⁶ para que levantem e relacionem as principais reclamações das populações adscritas daqueles serviços, 6) requisição de inspeção e relatório circunstanciado de parte do Estado (Médicos-Auditores e, Vigilância Sanitária) no tocante à fiscalização da suficiência de recursos humanos, estruturais, equipamentos e insumos na atenção primária relativamente às ESF, adotando-se o mesmo procedimento em relação às UBS; 7) verificação da possibilidade de atuação conjunta com o Ministério Público de Contas para fim de acompanhamento da questão junto ao Tribunal de Contas do Estado; 8) proposta de continuidade da atuação resolutiva via expedição de recomendação administrativa seguida de dois desdobramentos: celebração de termo de ajustamento de conduta definindo as providências necessárias (ex: abertura de concurso público ou teste seletivo, encaminhamento de projeto de lei com criação de cargos respectivos, adoção de medidas de busca de recursos federais, estaduais ou mesmo destinação do orçamento municipal para adequações necessárias nas unidades de saúde) ou ajuizamento de ação civil pública (Lei 7.437/85) buscando impor obrigação de fazer em face do ente público municipal, com possibilidade de se avaliar eventual apuração de improbidade administrativa por falta de cumprimento da normatização do SUS, ausência de resolutividade e desorganização do sistema, tanto na modalidade de dano ao erário (imagem do SUS – artigo 10 da Lei 8.429/92, como no que toca à violação de princípios (artigo 11 da Lei 8.429/92).

A responsabilização, em determinados casos, constitui medida necessária e inerente à República frente a determinadas situações. O gestor local de saúde que, além de não ampliar e aprimorar as estruturas básicas materiais e humanas da atenção primária de seu município, permite que essas dimensões esgotem-se ou tornem-se insuficientes com o decurso do tempo, seja porque não adotou os atos administrativos capazes de assegurar o funcionamento: (ex: abstendo-se de manter manutenção, calibragem e provisão de equipamentos, insumos, estruturas, cuidados na gestão de recursos humanos, cobranças ao Prefeito Municipal), seja porque descumpriu dever legal que lhe é imposto, inegavelmente concorre, isolada ou conjuntamente com o Prefeito Municipal, de forma decisiva para o desmantelamento da atenção primária de saúde, para o descrédito do SUS enquanto sistema público que consome quantia expressiva de recursos dos quais se exige funcionamento adequado e resolutividade. Em não escolhendo ou decidindo fazer de modo diferente procede de maneira equivocada e, assim, torna-se juridicamente responsável. Pensar o contrário implica em admitir que “os direitos continuem *absurdamente* a não serem direitos reais, propriamente ditos ou fenomenicamente em ação”¹⁷, e aí a responsabilidade será dos juristas

tradicionais (e não orgânico-constitucionais¹⁸) incapazes de permitirem a construção dos direitos.

A propósito do fluxo apontado apenas a partir de aspectos indicados no plano macroscópico, por mais que a criatividade dos membros do Ministério Público permitam o desdobramento e especificação de outras medidas, acredita-se que as medidas mencionadas podem servir de sugestivo ponto de partida para enfrentamento das questões, não se podendo olvidar que somente balizas objetivas e subjetivas de cada caso concreto poderão indicar a necessidade de outras e suplementares providências.

Com a proposta de atuação nestes termos, plenamente realizável, tão-somente advoga-se pelo cumprimento das normativas que estabelecem direitos de que a estruturação do SUS observe-se o que consta no ordenamento jurídico brasileiro, expressão do que se pode denominar de um direito fundamental à boa administração pública, o qual precisa ser materializado por demonstrações mínimas indicativas de vontade e capacidade de gestão.

Por mais que a realidade federativa teime em imputar cada vez mais responsabilidades e menos recursos aos Municípios (situação que não raras vezes exige políticas públicas desencadeadas, aplicadas, subsidiadas e financiadas por iniciativa da União, como é o caso do “Programa Mais Médicos”), um sistema de saúde gratuita e integral por garantia constitucional do país expoente da América do Sul, que ostenta a quinta economia do mundo, idealizado para atender 180 milhões de pessoas, não pode conviver com o conformismo decorrente da omissão na estruturação adequada da atenção primária à saúde. Afinal, como bem exposto pelo administrativista Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (2012, p. 13): “(...) a gestão ou a direção é uma técnica que se aprende e que se aplica facilmente sobre a realidade, sobre as coisas e sobre as pessoas. É uma técnica e algo mais: através da arte de governar é possível humanizar mais a realidade e as pessoas que nela atuam. (...) as capacidades inatas requerem exercício, treinamento, aperfeiçoamento, continuidade (...). Não podemos olvidar que a boa administração é um conceito que há de projetar-se sobre os encarregados, sobre os gestores. (...) O bom governo ou a boa administração não é só uma característica que deve distinguir aos aparatos governamentais ou administrativos, mas sim, sobretudo, um direito que assiste aos cidadãos, exigível perante os Tribunais, com as dificuldades, é verdade, que implica o conteúdo desse novo direito”. É preciso reconhecer que não é o direito que gera o futuro, porém este é fruto das escolhas e decisões tomadas no presente; o que o direito faz é possibilitar a construção de um sistema almejado, esta por sinal, é a lição de Raffaele de Giorgi: “*O futuro parece arriscado, porque sempre pode ser diferente. O direito fornece estabilidade e certeza artificial [...]*”¹⁹. Para além de exames, dispensação de medicamentos, cirurgias e internações, a construção de um sistema de saúde pleno de prevenção, resultados e eficiência ainda não é possível no momento presente, a possibilidade dessas metas sejam atingidas passa pela busca de maior atenção da gestão para a saúde primária, a qual, na construção existencial do direito humano à saúde²⁰, cristaliza-se em dois direitos primordiais do cidadão usuário do SUS: 1) ser atendido numa Unidade Básica de Saúde próxima de sua residência com consultórios limpos, arejados, organizados, com médicos e profissionais de saúde minimamente habilitados e treinados para atendê-lo e, equipamentos disponíveis; 2) receber a visita domiciliar de modo preventivo ou curativo, quando necessário, dos profissionais da ESF, notadamente os agentes comunitários de saúde, os quais ostentam relevantes funções para a realização da saúde como um direito com o

menor dispêndio de recursos e maior obtenção de resultados.

Conclusões objetivas

- 1) Uma das atuações planejadas e prioritárias a serem desenvolvidas pelo Ministério Público no zelo da saúde como serviço de relevância pública consiste na adoção de providências para assegurar a composição mínima dos recursos humanos necessários para funcionamento da Estratégia/Equipe de Saúde da Família (ESF), notadamente no que diz respeito às funções relativas aos Agentes Comunitários de Saúde;
- 2) Também constitui medida ordinária e prioritária de parte do Ministério Público a fiscalização e verificação da adequação sanitária dos espaços destinados ao funcionamento das Unidades Básicas e Saúde (UBS);
- 3) A atuação do Ministério Público na fiscalização dos recursos humanos (ESF) e materiais (UBS) no âmbito da saúde pública deve ser prioritariamente resolutiva de modo a priorizar construção de governança e possibilidade de que a gestão adote, em prazo factível, as medidas necessárias para a correção das irregularidades, o que inclui eficiência para apresentar projetos competentes que permitam buscar os recursos federais ou estaduais compatíveis, sem prejuízo da prioridade orçamentária na realidade municipal;
- 4) Em ambas as temáticas há de se atuar de maneira escalonada, primeiro cobrando o atendimento dos requisitos mínimos para, posteriormente, atingir os índices ideais, especialmente considerando que a essencialidade do serviço de saúde é incompatível com a inexistência ou insuficiência da prestação de serviços ou disponibilização de estruturas;
- 5) Dentre os aspectos relacionados à estruturação das equipes de ESF é de se prestar atenção à necessidade de estruturação adequada da carreira e acompanhamento preventivo do processo seletivo, o qual deve primar por metodologia adequada e parâmetros técnicos que permitam a escolha das pessoas mais habilitadas para a função;
- 6) No que diz respeito ao espaço das unidades básicas de saúde, cumpre observar aspectos relacionados ao atendimento da população, acessibilidade e resguardo das medidas de caráter epidemiológico-sanitário, com atenção para a separação de salas, gestão de resíduos e previsão de espaço para funcionamento e trabalho de todos os profissionais com a privacidade e segurança necessária;
- 7) Para a atuação do Ministério Público na fiscalização da ação primária é fundamental verificar o teor do tema das UBS e ESF em conferências municipais de saúde anteriores (Lei 8.142/90), observando-se, ainda, os termos e as diretrizes do Plano Municipal de Saúde, o qual obriga e vincula o gestor a adotar as medidas nele previstas;
- 8) Além da atuação do Ministério Público, cumpre articular a tomada de providências de parte de outros órgãos encarregados da fiscalização, tais como os Tribunais de Contas dos Estados (TCE), sem prejuízo da necessidade de pautar a questão para debate e atuação da instância de controle social, como é o caso do Conselho Municipal de Saúde;
- 9) Na hipótese da cobrança para estruturação das equipes exigir tomada de providências para complemento de profissionais ou reformas e adequações nas unidades, estando em jogo o direito fundamental à saúde não é de se admitir que, contrariamente ao respaldo jurisprudencial²¹ e doutrinário²² haja “retrocesso” consistente na eliminação de equipes ou fechamento de unidades de saúde, salvo motivos justificados de caráter técnico-

sanitário devidamente respaldado pela instância de controle social, com amparo legal e suporte em ato administrativo devidamente fundamentado, assegurada a discussão prévia do tema com a população de modo geral;

10)Eventual omissão do Gestor de Saúde e/ou Prefeito Municipal na adoção das providências cabíveis, especialmente quando houver sinalização e notificação recomendatória do Ministério Público, pode ensejar a sua responsabilização por ato de improbidade administrativa na modalidade de dano extrapatrimonial – artigo 10 da Lei 8.429/92 (imagem do SUS) ao erário e violação de princípios de Administração Pública – artigo 11 da Lei 8.429/92

Referências Bibliográficas

- ALTH. Fernando. **Curso de direito sanitário**. São Paulo: Quartier Latin Editora, p. 249, 2007.
- ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. GONÇALVES, Marcus Fabiano Gonçalves. **Direito alternativo e contingência**. Florianópolis: Editora CESUSC/IDA, 2007.
- BERTOLLI FILHO, Cláudio. **História da saúde pública no Brasil**. 3 ed. São Paulo: Ática, 1999.
- BRASIL- Ministério da Saúde. **Temático - Saúde da Família - Painel de Indicadores do SUS**. No. 4, ed., Brasília: Ministério da Saúde, 2008.
- CANOTILHO. J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Lisboa: editora Almedina, 1998.
- CARVALHO, Antônio Ivo de. **Conselhos de Saúde no Brasil – Participação cidadã e controle social**. Rio de Janeiro: FASE/IBAM, 1995.
- CONASS. **Coleção Para Entender a Gestão do SUS - Atenção Primária de Saúde - Livro 3**, 1ª. ed., Brasília: Ministério da Saúde Editora Oficial, 2011.
- CONASEMS. **O SUS de A a Z**. Brasília: Editora Oficial/ Ministério da Saúde, 2005.
- COSTA, Augusto César de Farias. **Direito sanitário e saúde pública**. Brasília/DF:Ed.MS, vol. I, 2003.
- COELHO, Luiz Fernando. **Teoría Crítica del Derecho**. Curitiba: Juruá Editora, 2013.
- DERBI. Felipe. **A Aplicabilidade do Princípio da Proibição de Retrocesso Social no Direito Brasileiro**, in: Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie, Coord.: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento.
- GARCIA, Emerson. **Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2005.
- GIORGI. Raffaele de. **Direito, democracia e risco, vínculos com o futuro**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editora, 1998.
- GONÇALVES. F. & G. Japiassu. **Assistência de pré-natal: uma realidade da unidade de saúde da família estação nova**. Rev. Divulgação. Ed. 31, Brasília: editora Fiocruz, 2004.
- HINKELAMMERT, Franz. **Crítica à razão utópica**. São Paulo: Editora Paulinas, 1988.
- JOSÉ, Caio Jesus Granduque. **A construção existencial dos direitos humanos**. Curitiba: Editora CRV, 2012.
- KELBERT. Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MARSIGLIA, Regina Maria Giffoni. **Famílias: questões para o Programa de Saúde da Família (PSF).** In: **Família Redes, Laços e Políticas Públicas.** 5. Ed. São Paulo: Cortes Editora, 2010.

MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. **Direito fundamental à boa administração pública.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

PLANEJASUS - **Cadernos de Planejamento. Atenção Primária.** Livro 2, Brasília: Editora Oficial, 2008.

PITRON, Guillaume. O trem dos milagres. **LE MONDE DIPLOMATIQUE BRASIL,** São Paulo, ano 7, edição n. 74, p. 30-31, set. 2013.

ROJAS, Rodrigo Cançado Anaya. **Participação popular e Ministério Público no Brasil: defesa do regime democrático e dos interesses metaindividuais no marco de uma teoria crítica dos direitos humanos.** Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

SARLETT. Ingo_Wolfgang. **Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível.**
http://tex.pro.br/tex/images/stories/PDF_artigos/proibicao_ingo_wlfgang_sarlett.pdf.

1 Ângelo Mazzuchi Santana Ferreira, Promotor de Justiça no Estado do Paraná, titular desde 2001 na 9ª. PJ/Saúde Pública/Cascavel, especialista pela Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul e, Mestre em Processo Civil e Cidadania pela UNIPAR.

2 Márcio Soares Berclaz, Promotor de Justiça do Estado do Paraná, titular da 4ª Promotoria de Justiça de Almirante Tamandaré/PR com atribuições na saúde pública, Doutorando em Direito das Relações Sociais pela UFPR e Mestre em Direito Público pela mesma Universidade.

3 HINKELAMMERT, 1988, p. 5/6: “A necessidade de crítica à razão utópica da atualidade não carece de muita justificação. Todos os pensamentos sociais do século passado e até de séculos anteriores nos legaram a tradição de uma ingenuidade utópica que recobre como um véu a percepção da realidade social. Para onde quer que olhemos, podemos ver teorias sociais que buscam as raízes empíricas dos maiores sonhos humanos, para posteriormente descobrir algum modo de realizá-los a partir do tratamento adequado dessa realidade. (...) O problema, porém, reside na necessidade de crítica da própria razão utópica e não na invenção de antiutopias e no desaparecimento de utopias camuflando a ingenuidade utópica de seus portadores. (...) E a presente análise nada mais é do que tentativa de opor a este utopismo – o pior que jamais existiu – uma relação racional com o mundo utópico que, de certa forma, acompanha toda a história humana”.

4 Evidentemente que o assunto “gestão” constitui relevante e contemporâneo tema de saúde pública que, por si só, para ser enfrentado de maneira adequada, mereceria análise autônoma.

5 Não se desconhece a existência de estratégias de atendimento por estrutura itinerante e móvel, como ocorre com o projetos nacionais e internacionais, públicos ou privados (ex: “Phelophepa” – projeto financiado em sua maior parte pelo grupo ferroviário sul-africano Transnet locomotiva composta de dezoito vagões contendo recursos e equipamentos médicos que circula a África do Sul para atendimento da população nas mais afastadas regiões e cidades), apenas salienta-se que a delimitação de um espaço físico referenciado geograficamente é indispensável para um sistema adequado e estruturado de saúde pública.

6
7 GONÇALVES, 2004, p. 69.

8 Ministério Público do Rio de Janeiro - Ministério Público e Tutela à Saúde Mental - msm.mp.rj.gov.br/wp-content/uploads/2013/01/cartilha_saude_mental_versao_final.pdf

9 Coleção Para Entender a Gestão do SUS, Livro 3, 1ª. ed., CONASS - Atenção Primária de Saúde – Brasília/2011

10 AITH, 2007, p. 249.

11 Dentre as normativas mais relevantes para a estruturação das Unidades Básicas de Saúde e da Equipe Saúde da Família destaca-se: **1)** Portaria 1.565/94; **2)** Resolução da Diretoria Colegiada n. 50/02 da ANVISA - regulamento técnico destinado aos requisitos físicos dos estabelecimentos assistenciais à saúde; **3)** Portaria GM/MS 648/06 - Normativa da Política Nacional de Atenção Básica (PNAB); **4)** Portaria GM/MS n. 154/08 - Núcleos de Apoio à Saúde da Família (Nasf); **5)** Portaria GM/MS n. 2.226/09 - instituiu o Plano Nacional de Implantação de Unidades Básicas de Saúde para equipes de Saúde da Família; **6)** Portaria GM/MS 2.206/11- instituiu no âmbito da Política Nacional de Atenção Básica, o Programa de Requalificação de Unidades Básicas de Saúde, trata do financiamento de reformas e adaptações de instalações precárias ou inadequadas, exigindo para tanto, a apresentação de projetos/propostas por parte dos gestores interessados; **7)** Portaria GM/MS 1.654/11, estabeleceu o Programa Nacional de Melhoria do Acesso e da Qualidade da Atenção Básica (PMAQ-AB), prevê recursos federais para a implantação da Atenção Primária de Saúde e, a adesão dos municípios ao PMAQ-AB, com atendimento das diretrizes e compromissos mínimos exigidos, avaliando periodicamente o desempenho dos municípios beneficiados,

recebendo mais quanto melhores forem seus índices de atenção primária de saúde.

12 CONASEMS, 2005, p. 102

13 BRASIL- Ministério da Saúde. Temático - Saúde da Família - Painel de Indicadores do SUS No. 4 – p. 41, 2008.

14 Salientando a importância de o Ministério Público saber atuar de modo conjugado com outros órgãos, inclusive como prática democrática, bastante elucidativa a lição de ROJAS (2012, p. 166-167): “A lógica passa por afastar os universalismos de partida, complexificando a realidade em inspiração democrática a gerar práticas democráticas (...) passa por contribuir, colocando em movimento a sua parcela de poder (...) para que os direitos sejam produtos culturais surgidos em processos culturais democráticos e frutos do contexto, levando em conta a heterogeneidade do corpo social e suas realidades (...) Como se trata de prática de construção de outros lugares, a atuação do Ministério Público não implicará em negar o já edificado e posto, mas em contextualizá-lo à realidade, sem colocá-lo em condição imperial ou mesmo em posição de superioridade sobre outras formas de pensar o mundo e enxergar a realidade de maneira digna (...) Somente a partir daí será possível afastar-se da utopia do exercício dos direitos metaindividuais positivados, aplicados a todos, e aproximar-se das heterotopias construídas em cooperação com o corpo social”.

15 § 1º Os planos de saúde serão a base das atividades e programações de cada nível de direção do Sistema Único de Saúde (SUS), e seu financiamento será previsto na respectiva proposta orçamentária.

16 CARVALHO, 1995, p. 77.

17 JOSÉ, 2012, p. 214.

18 ARRUDA JÚNIOR e GONÇALVES, 2007.

19 GIORGI. 1998, p. 79

20 JOSÉ, 2012, p. 539: “O homem não escolhe o tempo e o mundo em que vive, mas se escolhe no tempo e no mundo em que se encontra lançado. Em nossa era dos direitos, o homem e, sobretudo, o homem/jurista, é instado a escolher-se, isto é, a ter-de-ser e a fazer-se ser, como coautor ou participe da construção existencial dos direitos humanos ou, em contrapartida, como adversário ou rival, conscientemente ou não, da realização desses direitos. O processo de positivação supranacional dos direitos do homem (...) fez com que esses direitos se tornassem, na atual circunstância, uma realidade. Os direitos passaram a compor nossa situação histórica, de maneira que qualquer *escolha*, desde que relacionada a problemas jurídicos, só pode ser tomada a partir desses direitos, quer para afirmá-los, quer para negá-los”; p, 214/215: “(...) diferentemente do jusnaturalismo, para quem os direitos são descobertos, e, também, do positivismo jurídico, para quem os direitos são aplicados, este estudo sustenta que os direitos são construídos).

21 “Em grande medida, os direitos sociais traduzem-se para o Estado em obrigação de fazer, sobretudo de criar certas instituições públicas (sistema escolar, sistema de segurança social, etc.). Enquanto elas não forem criadas, a Constituição só pode fundamentar exigências para que se criem; mas após terem sido criadas, a Constituição passa a proteger a sua existência, como se já existissem à data da Constituição. As tarefas constitucionais impostas ao Estado em sede de direitos fundamentais no sentido de criar certas instituições ou serviços não o obrigam apenas a criá-los, obrigam-no também a não aboli-los uma vez criados.” (Tribunal Constitucional Português, Acórdão n. 39/84, “leading case” relacionado a discussão judicial sobre a desestruturação do sistema público de saúde português). A propósito, assim asseverou o Ministro do Supremo Tribunal Celso de Mello nos autos da Suspensão da Tutela Antecipada n. 1750-Ag. Reg, na qual se fez referência ao precedente mencionado: “Na realidade, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional (como o direito à saúde), impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos, exceto nas hipóteses — de todo inócua na espécie — em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais.”

22 “Na doutrina e jurisprudência nacional e estrangeira, constata-se, de modo geral, uma postura amistosa relativamente ao princípio da proibição de um retrocesso social, muito embora não se possa afirmar a existência de um consenso a respeito desta problemática. No âmbito da doutrina constitucional portuguesa, que tem exercido significativa influência sobre o nosso próprio pensamento jurídico, o que se percebe é que, de modo geral, os defensores de uma proibição de retrocesso, dentre os quais merece destaque (...) Professor Gomes Canotilho (...) após sua concretização em nível infraconstitucional, os direitos fundamentais sociais assumem, simultaneamente, a condição de direitos subjetivos a determinadas prestações estatais e de uma garantia institucional, de tal sorte que não se encontram mais na (plena) esfera de disponibilidade do legislador, no sentido de que os direitos adquiridos não mais podem ser reduzidos ou suprimidos, sob pena de flagrante infração do princípio da proteção da confiança (por sua vez, diretamente deduzido do princípio do Estado de Direito), que, de sua parte, implica a inconstitucionalidade de todas as medidas que inequivocamente venham a ameaçar o padrão de prestações já alcançado. Esta proibição de retrocesso, segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira, pode ser considerada uma das consequências da perspectiva jurídico-subjetiva dos direitos fundamentais sociais na sua dimensão prestacional, que, neste contexto, assumem a condição de verdadeiros direitos de defesa contra medidas de cunho retrocessivo, que tenham por objeto a sua destruição ou redução.” Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível

<http://tex.pro.br/tex/images/stories/PDF_artigos/proibicao_ingo_wlfgang_sarlett.pdf > acesso em 20/02/2013.

A Ação de Improbidade Administrativa como Instrumento de Proteção dos Conhecimentos Tradicionais

*Augusto César Leite de Resende**

*Deijaniro Jonas Filho***

Resumo

As comunidades tradicionais são portadoras de culturas únicas voltadas à utilização sustentável dos recursos da biodiversidade e os saberes destas comunidades locais podem ser considerados bens integrantes do patrimônio cultural imaterial brasileiro porque se ajustam ao preceituado no art. 216, inciso II, da Constituição da República e no art. 2º da Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, inspirando-se nos documentos internacionais de proteção aos direitos humanos, elevou a proteção do patrimônio cultural do povo brasileiro à categoria de direito fundamental da pessoa humana, impondo à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios o dever de promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação e de outras formas de acautelamento e preservação, sob pena de responsabilização. Assim, o presente artigo científico tem por objetivo analisar, através de uma pesquisa doutrinária e legislativa, a proteção dos conhecimentos tradicionais dos povos indígenas e de outras comunidade locais a partir da responsabilização por ato de improbidade administrativa do agente público que por ação ou omissão impactar negativamente o patrimônio cultural.

Palavras chave: Conhecimentos tradicionais. Patrimônio cultural. Improbidade administrativa.

Abstract

Traditional communities are carriers of unique cultures aimed at sustainable use of biodiversity resources and knowledge of these communities can be considered property included in intangible cultural heritage Brazilian fit because the precepts of art. 216, II, of the Constitution and art. 2 of the Convention for the Safeguarding of Intangible Cultural Heritage. The Constitution of the Federative Republic of Brazil in 1988, inspired by the international documents of human rights protection, increased protection of the cultural heritage of the Brazilian people to a fundamental right of the human person, imposing the Union, the States, the Federal District Municipalities and the duty to promote and protect the Brazilian cultural heritage through inventories, records, surveillance, and tipping expropriation and other forms of precaution and preservation, under penalty of accountability. Thus, this research paper is to analyze, through a doctrinal and legislative research, the protection of traditional knowledge of indigenous peoples and other local communities from the accountability act of improper conduct of a public servant who by act or omission impact negative cultural heritage.

Keywords: Traditional knowledge. Cultural heritage. Administrative improbity.

Introdução

O art. 2.2 da Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial estabelece que o patrimônio cultural imaterial se manifesta através: a) tradições e expressões orais, incluindo o idioma; b) expressões artísticas; c) práticas sociais, rituais e atos festivos; d) conhecimentos e práticas relacionados à natureza e ao universo; e e) técnicas artesanais tradicionais.

Por sua vez, a Convenção sobre Diversidade Cultural reconhece a importância dos conhecimentos tradicionais como fonte de riqueza material e imaterial, e, em particular, dos sistemas de conhecimento das populações indígenas, e sua contribuição positiva para o desenvolvimento sustentável, assim como a necessidade de assegurar sua adequada proteção e promoção.

O artigo 216, inciso II, da Constituição Federal aduz que constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem os modos de criar, fazer e viver.

Desse modo, os conhecimentos tradicionais das comunidades locais podem ser considerados bens integrantes do patrimônio cultural imaterial brasileiro porque se ajustam ao preceituado no art. 216, inciso II, da Constituição da República e no art. 2º da Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, na medida em que “são práticas, experimentações e inovações consuetudinárias dinâmicas, transmitidas entre gerações comumente via oral; constituem a memória viva, a história desses povos”¹.

Nesse contexto, o presente artigo científico tem por escopo analisar, através de uma pesquisa doutrinária e legislativa, a utilização da ação de improbidade administrativa como instrumento de efetiva proteção dos conhecimentos tradicionais, bens integrantes do patrimônio cultural, mediante a responsabilização por ato de improbidade administrativa do agente público que pratica ação ou omissão prejudicial ao meio ambiente cultural.

Inicialmente, analisar-se-á a caracterização dos conhecimentos tradicionais das comunidades locais como bens integrantes do patrimônio cultural imaterial brasileiro. Em seguida, abordar-se-á o dever constitucional da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios de atuarem, através de seus agentes públicos, no sentido de proteger e promover o patrimônio cultural brasileiro. Por fim, discutir-se-á a possibilidade de responsabilização do agente público pela prática de atos de improbidade administrativa em razão de condutas ilícitas perpetradas em detrimento do patrimônio cultural e os seus reflexos na proteção e promoção dos conhecimentos tradicionais.

1 Os conhecimentos tradicionais enquanto bens integrantes do patrimônio cultural imaterial

A Convenção sobre Diversidade Biológica – CDB define, em seu artigo 2º, diversidade biológica como a variabilidade de organismos vivos de todas as origens, compreendendo, dentre outros, os ecossistemas terrestres, marinhos e outros ecossistemas aquáticos e os complexos ecológicos de que fazem parte; compreendendo ainda a diversidade dentro de espécies, entre espécies e de ecossistemas.

Nessa esteira, Márcia Rodrigues Bertoldi e Karyna Batista Sposato lecionam que a biodiversidade é “a vida sobre a terra”, na medida em que o seu conceito compreende a diversidade de espécies da fauna, da flora e de micro-organismos, a diversidade de ecossistemas e a diversidade genética dentro de cada espécie².

A Terra é um organismo vivo. Os seres vivos, humanos e não humanos, o ar, o solo e os recursos hídricos formam a própria natureza, que funciona num todo e que as partes que a compõem são interdependentes e interrelacionadas e a interferência em um componente de um ecossistema gera desequilíbrio de todo o ecossistema, razão pela qual se impõe a preservação da integridade e equilíbrio do ecossistema³.

Desse modo, faz-se mister a preservação da biodiversidade para a evolução e manutenção dos sistemas necessários à vida no planeta, pois como adverte Christian Lévêque a proteção da biodiversidade é indispensável para manter os processos do mundo vivo, já que é a biodiversidade que promove a regulação dos equilíbrios físico-químicos da biosfera

Ocorre que, após a Revolução Industrial e, sobretudo, após a Segunda Guerra Mundial o processo de desenvolvimento executado pelos países se intensificou extraordinariamente no planeta, com consequências negativas da interferência do ser humano no meio ambiente. O desenvolvimento industrial e o crescimento econômico estão destruindo a biodiversidade a um ponto quase que irreversível e a percepção da finitude dos recursos naturais, aliada ao conhecimento dos efeitos colaterais que a exploração desenfreada desses recursos acarreta, originou nova visão do processo de desenvolvimento, não circunscrita aos aspectos exclusivamente econômicos, de modo que se faz necessária a integração entre desenvolvimento e a proteção do meio ambiente⁴.

Nesse contexto, deve-se promover a utilização sustentável da biodiversidade, ou seja, a utilização de componentes da diversidade biológica de modo e em ritmo tais que não levem, no longo prazo, à diminuição da diversidade biológica, mantendo assim seu potencial para atender as necessidades e aspirações das gerações presentes e futuras⁵.

Nesse sentido, ganham-se importância os conhecimentos tradicionais das comunidades indígenas e locais, isto é, os saberes coletivos apoiados na tradição e expressados “através de mitos, rituais, narrações de caráter oral e práticas relacionadas com sistemas de ordem ambiental e de saúde, com instituições e regulamentos estabelecidos para lhes aceder e para os aplicar, aprender e transmitir”⁶.

Edson Beas Rodrigues Júnior ensina que as comunidades tradicionais são identificadas quando um grupo de pessoas preenche quatro características específicas, a saber: a) compartilham as referências constitutivas de uma identidade cultural em comum, desejando preservá-la e desenvolvê-la; b) conservam formas próprias de organização social; c) usam recursos naturais como condição para a sua reprodução cultural, social e econômica; e d) conservam e transmitem conhecimentos, práticas e expressões culturais para as gerações futuras, segundo as tradições herdadas de seus antepassados⁷. Por sua vez, o art. 7º, inciso III, da Medida Provisória N.º 2.186-16, define comunidade local ou tradicional como um grupo humano distinto por suas condições culturais, que se organiza, tradicionalmente, por gerações sucessivas e costumes próprios, e que conserva suas instituições sociais e econômica. Nestes termos, são consideradas comunidades tradicionais os povos indígenas, -os quilombolas, os seringueiros, os castanheiros, as quebradeiras de coco babaçu e as mangabeiras, por

exemplo.

Os conhecimentos tradicionais são os saberes das sociedades tradicionais relacionados à conservação e utilização sustentável da diversidade biológica porque tais conhecimentos foram desenvolvidos em interação direta e harmônica com a natureza, de modo que a conservação da biodiversidade depende da preservação dos conhecimentos tradicionais, que refletem as relações simbióticas entre o homem e a natureza, e do vínculo das comunidades locais com a natureza⁸.

Os conhecimentos tradicionais das comunidades locais “são práticas, experimentações e inovações consuetudinárias dinâmicas, transmitidas entre gerações comumente via oral; constituem a memória viva, a história desses povos”⁹.

O art. 2.1 da Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial conceitua o patrimônio cultural imaterial como as práticas, representações, expressões, conhecimentos e técnicas - junto com os instrumentos, objetos, artefatos e lugares culturais que lhes são associados - que as comunidades, os grupos e, em alguns casos, os indivíduos reconhecem como parte integrante de seu patrimônio cultural. Ainda de acordo com o retro mencionado dispositivo convencional, o patrimônio cultural imaterial, que se transmite de geração em geração, é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente, de sua interação com a natureza e de sua história, gerando um sentimento de identidade e continuidade e contribuindo assim para promover o respeito à diversidade cultural e à criatividade humana.

O art. 2.2 da aludida Convenção estabelece, por sua vez, que o patrimônio cultural imaterial se manifesta através: a) tradições e expressões orais, incluindo o idioma; b) expressões artísticas; c) práticas sociais, rituais e atos festivos; d) conhecimentos e práticas relacionados à natureza e ao universo; e e) técnicas artesanais tradicionais.

A Convenção sobre Diversidade Cultural reconhece a importância dos conhecimentos tradicionais como fonte de riqueza material e imaterial, e, em particular, dos sistemas de conhecimento das populações indígenas, e sua contribuição positiva para o desenvolvimento sustentável, assim como a necessidade de assegurar sua adequada proteção e promoção.

Ademais, o artigo 216, inciso II, da Constituição Federal que aduz que constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem os modos de criar, fazer e viver.

Desse modo, não se pode negar que os conhecimentos tradicionais das comunidades locais podem ser considerados bens integrantes do patrimônio cultural imaterial brasileiro porque se ajustam ao preceituado no art. 216, inciso II, da Constituição da República e no art. 2º da Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial.

2 Dever estatal de proteção dos conhecimentos tradicionais

Os conhecimentos tradicionais das comunidades locais são bens culturais imateriais que devem ser promovidos e protegidos pelo Estado. De fato, a Constituição Federal estabelece que o “Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional”¹⁰, reconhecendo ainda o patrimônio cultural imaterial e, portanto, os conhecimentos tradicionais

como direito fundamental da pessoa humana.

Inclusive, a Constituição da República outorgou competência material comum a todas as unidades federativas para a proteção dos bens de valor histórico e cultural e para impedir a destruição e descaracterização desses bens e, em face da competência comum, todos os entes políticos são responsáveis pela proteção do patrimônio cultural material e imaterial brasileiro.

A Convenção sobre Diversidade Biológica impõe aos Estados, no art. 8º, alínea “j”, o dever de respeitar, preservar e manter o conhecimento, inovações e práticas das comunidades tradicionais e, em seu art. 10, alínea “c”, o dever de proteger e incentivar as comunidades tradicionais a continuarem a utilizar os recursos da biodiversidade de acordo com as suas práticas tradicionais.

O princípio 22 da Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (ECO-92) destaca o papel dos povos indígenas e das demais comunidades locais no gerenciamento ambiental e no desenvolvimento, em virtude de seus conhecimentos e de suas práticas tradicionais, ressaltando ainda que os Estados devem reconhecer e apoiar adequadamente sua identidade, cultura e interesses, e oferecer condições para sua efetiva participação no atingimento do desenvolvimento sustentável.

Por sua vez, o art. 216, § 1º, da Constituição da República disciplina que o Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

No caso dos conhecimentos tradicionais, que se revelam verdadeiros bens culturais intangíveis, o instrumento jurídico hábil para tutelá-los é o registro¹¹. O registro do bem cultural imaterial é “um modo de criar formas de identificação e de apoio que, sem tolher ou congelar manifestações culturais ou aprisioná-las a valores discutíveis como a autenticidade, favoreçam sua continuidade”¹². Desse modo, a proteção jurídica dos conhecimentos tradicionais, enquanto bens culturais imateriais, dar-se-á por meio do registro, isto é, com a sua descrição em gravações, filmes, vídeos ou outro suporte adequado.

Ademais, o art. 216, § 1º, da Constituição Federal impõe ao Estado o dever de proteger e promover o direito fundamental ao patrimônio cultural, material e imaterial, de modo que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios estão obrigados solidariamente a registrar, independentemente de provocação, os conhecimentos tradicionais dos povos indígenas e das demais sociedades locais, razão pela qual devem criar seus próprios instrumentos de registro de bens culturais imateriais, dentre os quais os conhecimentos tradicionais¹³.

A omissão estatal do dever de preservação dos conhecimentos tradicionais, por certo, não se justifica, afigurando-se inaceitável a ausência de atuação estatal no sentido de registrar os conhecimentos tradicionais das comunidades locais porque provoca sensíveis prejuízos à cultura brasileira. Ademais, discricionariedade é liberdade de atuação do agente público de acordo com seu juízo de conveniência e oportunidade, nos casos em que o ordenamento jurídico confere tal liberdade, inexistente no caso, já que a proteção do meio ambiente cultural é um dever estatal.

Sendo assim, verificando-se a inércia do Estado em promover o registro de conhecimentos tradicionais de comunidades locais, tal omissão poderá caracterizar improbidade administrativa

do agente público competente para promover o registro dos conhecimentos tradicionais.

3 Improbidade administrativa

A improbidade administrativa está diretamente vinculada com a má gestão do patrimônio público, expressando o exercício da função pública em desacordo com os princípios e as regras constitucionais que regem a Administração Pública¹⁴, denotando, assim, má-fé, desonestidade do agente público.

O ato de improbidade administrativa pode ser conceituado como sendo aquele praticado por agente público, no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, contrário às normas éticas, morais e legais, ou seja, aquele ato que indica falta de honradez e de retidão de conduta no modo de proceder perante a administração pública direta ou indireta, nas três esferas políticas, independentemente de dano ao patrimônio público¹⁵.

Fábio Medina Osório leciona que “o discurso de ataque à improbidade é, e deve ser, simultaneamente, o discurso de defesa dos direitos fundamentais e dos direitos humanos atingidos pelo ato ímprobo, direta ou indiretamente”¹⁶, uma vez que os atos de corrupção em geral e outras formas de má gestão da coisa pública são evidentemente atos de violência contra os direitos fundamentais, na medida em que deixa-se de implementá-los de forma eficiente ou de aplicar bens, rendas, verbas e valores integrantes do acervo patrimonial público, que se bem aplicados, concretizariam direitos fundamentais básicos e, assim, trariam benefícios para toda a comunidade. “Toda improbidade, portanto, pressupõe uma agressão aos direitos fundamentais, tanto se vier a expressar-se pela má gestão pública em modalidade de corrupção, grave desonestidade funcional ou grave ineficiência funcional, não importa”¹⁷.

Destarte, a Lei de Improbidade Administrativa revela-se importante instrumento jurídico de proteção e promoção do meio ambiente, inclusive o cultural, mediante a responsabilização de agentes públicos ou de terceiros por atos de improbidade administrativa cometidos que reflitam, direta ou indiretamente, no patrimônio cultural.

O ato de improbidade administrativa para acarretar a aplicação das sanções previstas no art. 37, § 4º, da Lex Maxima e art. 12 da Lei 8.429/92 exige, contudo, a presença dos seguintes requisitos: a) sujeito ativo; b) sujeito passivo; c) ato danoso consistente em enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário ou atentado contra os princípios da administração pública; e e) dolo ou culpa do sujeito ativo.

O sujeito passivo ou vítima do mau agente público é o titular do bem jurídico lesado ou ameaçado pela conduta ilícita do agente público ímprobo, ou seja, a administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e as entidades particulares que tenham participação de dinheiro público em seu patrimônio ou receita. Enfim, é aquele contra quem é praticado o ato de improbidade administrativa.

O sujeito ativo é aquele que pratica o ato de improbidade administrativa. No sistema da Lei N.º 8.429/92, os atos de improbidade administrativa somente podem ser praticados por agente público, com ou sem o auxílio de particular (terceiros). O sujeito ativo é o agente público, assim entendido todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades que figuram como sujeito passivo do ato de

improbidade administrativa e o terceiro que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade, ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

Há no cenário jurídico nacional a discussão se a Lei N.º 8.429/92 se aplica ou não aos agentes políticos. O Supremo Tribunal Federal entendeu, nos autos da Reclamação N.º 2.138/DF, em 13 de junho de 2007, por maioria (6x5), que os agentes políticos, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade, não respondem por improbidade administrativa com base na Lei N.º 8.429/92, mas apenas por crime de responsabilidade. Ocorre que, dos 06 (seis) votos vencedores 05 (cinco) foram proferidos por Ministros já aposentados à época da conclusão do julgamento, de modo que os novos Ministros, que passaram a integrar a Alta Corte em razão da aposentadoria de seus antecessores, estavam impossibilitados de julgar, pois seus predecessores já haviam votado. Dessa forma, não se pode concluir que a decisão exarada na Reclamação N.º 2.138 representa a atual posição do Supremo Tribunal Federal, inclusive, registre-se tal decisão é desprovida de efeitos erga omnes e eficácia vinculante. Por essa razão, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que cabe a submissão dos agentes políticos à Lei de Improbidade Administrativa¹⁸.

O particular também pode ser responsabilizado por ato de improbidade administrativa, desde induza ou concorra para a prática de ato de improbidade administrativa por agente público ou que dele se beneficie de qualquer forma direta ou indiretamente, nos termos do art. 3º da Lei 8.429/92, de modo que o extraneus somente poderá ser sujeito ativo dos atos de improbidade administrativa se agir em conluio com agente público, não podendo ser punido se agir sozinho¹⁹. Por fim, as pessoas jurídicas são sujeitos de direitos, com personalidade jurídica própria e distinta das pessoas físicas que as criaram, de modo que são titulares de direitos e obrigações da ordem civil. Nessa linha de raciocínio, as pessoas jurídicas, apesar de não poderem ser consideradas agentes públicos, qualidade essa reservada exclusivamente à pessoa física, poderão ser sujeito ativo dos atos de improbidade administrativa na condição de terceiros.

E mais, para existir o ato de improbidade administrativa é necessária a ocorrência de um dos atos danosos previstos nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei N.º 8.429/92, quais sejam, atos de improbidade administrativa que importam no enriquecimento ilícito, que causam prejuízo ao patrimônio público e que atentam contra os princípios da administração pública, independentemente de dano patrimonial ao erário público. Assim, deve haver ao menos um prejuízo moral à Administração Pública.

O enriquecimento ilícito é principal meio de implementação dos atos de corrupção. Em linhas gerais, enriquecimento ilícito é o resultado de qualquer ação ou omissão que possibilite ao agente público auferir uma vantagem patrimonial não prevista em lei. Os atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito estão tipificados no art. 9º da Lei 8.429/92, cujo rol é meramente exemplificativo, de modo que qualquer conduta que importe enriquecimento ilícito do agente público, ainda que não tipificada nos incisos do art. 9º, caracterizará ato de improbidade administrativa mediante subsunção ao caput do referido artigo, vez que a redação do art. 9º, caput, da Lei N.º 8.429/92 é ampla, genérica, o que permite o enquadramento de qualquer conduta que importe enriquecimento indevido do agente no aludido dispositivo legal.

A conduta do sujeito ativo somente caracterizará ato de improbidade administrativa que importa enriquecimento ilícito se presentes três requisitos, quais sejam: a) aumento patrimonial do sujeito ativo; b) vantagem indevida, isto é, sem previsão legal; c) relação de causalidade entre a vantagem indevida e o exercício da função, ou seja, a vantagem ilícita deve ter sido auferida em razão da função exercida pelo sujeito ativo²⁰.

A vantagem indevida auferida pelo agente público deverá ser patrimonial, ou seja, econômica. Dessa forma, não caracterizará ato de improbidade administrativa tipificado no art. 9º da Lei N.º 8.429/92 a obtenção de vantagem sexual ou moral, embora possa caracterizar ato de improbidade administrativa previsto no art. 10 ou art. 11 do retro mencionado diploma normativo se houver dano ao erário ou violação de princípios da Administração Pública. Sendo assim, no caso específico dos conhecimentos tradicionais, o agente público pode praticar ato de improbidade administrativa que enseje enriquecimento ilícito sempre que auferir, em razão do exercício da função pública, vantagem econômica indevida, para deixar de promover o registros dos conhecimentos tradicionais.

Os atos de improbidade administrativa que causam lesão ao patrimônio público estão tipificados no art. 10 da Lei N.º 8.429/92, cuja condutas ali especificadas são também exemplificativas, de modo que qualquer outra conduta que importe dano ao patrimônio público poderá ser enquadrada no caput do referido artigo.

No que pertine às condutas de agentes públicos que causem danos ao meio ambiente cultural, deve-se ressaltar que erário público e patrimônio público são conceitos distintos. Patrimônio público é mais amplo do que erário público. O erário é o “conjunto de bens e interesses de natureza econômico-financeiro pertencentes ao Poder Público”²¹. Ao passo que, patrimônio público é o “conjunto de bens e interesses de natureza moral, econômica, estética, artística, histórica, ambiental e turística pertencentes ao Poder Público”²².

A Lei N.º 8.429/92 não visa proteger apenas o patrimônio econômico-financeiro do Estado (erário), mas sim o patrimônio público de uma forma geral, sendo ampla e irrestrita essa proteção, alcançando, portanto, o patrimônio ambiental, natural e cultural. Sendo assim, o agente público que causar, por omissão ou ação, culposa ou dolosa, danos ao patrimônio cultural se sujeitará às sanções cominadas no art. 12 da Lei N.º 8.429/92, pois, como leciona Fábio Medina Osório, “os maus gestores da área ambiental devem ser fiscalizados com suporte na LGIA”²³.

Desse modo, o agente público que causar, por omissão ou ação, culposa ou dolosa, danos aos patrimônio cultural, em especial por deixar de realizar o registro dos conhecimentos tradicionais, incorrerá na prática de ato de improbidade administrativa que importa prejuízo ao patrimônio público tipificado no art. 10 da Lei N.º 8.429/92.

Por fim, a violação dos princípios regentes da Administração Pública consubstanciará ato de improbidade administrativa, ainda que daí não resulte dano ao patrimônio público. Inclusive, o art. 4º da Lei N.º 8.429/92 impõe a todos os agentes públicos a obrigação de observar os princípios orientadores da Administração Pública, retratando fielmente o comando previsto no art. 37 da Constituição Federal.

O art.11 da Lei N.º 8.429/92 tipifica os atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública, sendo que os princípios honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, narrados no caput do art. 11 da mencionada lei são exemplificativos, configurando-se ato de improbidade administrativa a

violação de outros princípios da Administração Pública previstos na Constituição Federal, como os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, ou em norma infraconstitucional.

Nesse contexto, a inobservância dos princípios regentes da tutela do patrimônio cultural, notadamente o dever de registrar os conhecimentos tradicionais das comunidades locais, poderá caracterizar a prática de ato de improbidade administrativa cultural que atente contra os princípios da Administração Pública.

4 Considerações finais

O presente artigo científico teve por objetivo central analisar, através de uma pesquisa doutrinária e legislativa, a utilização da ação de improbidade administrativa como instrumento efetivo de proteção dos conhecimentos tradicionais das comunidades locais, bens integrantes do patrimônio cultural, mediante a responsabilização por ato de improbidade administrativa do agente público que pratica ação ou omissão prejudicial ao meio ambiente cultural.

Os conhecimentos tradicionais são os saberes das sociedades tradicionais relacionados à proteção e uso sustentável da diversidade biológica e, por isso, necessários para a conservação da biodiversidade. E mais, os conhecimentos tradicionais das populações locais são considerados bens integrantes do patrimônio cultural imaterial brasileiro porque à luz do artigo 216, inciso II, da Constituição Federal constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem os modos de criar, fazer e viver.

A Constituição Federal de 1988, inspirando-se nos documentos internacionais de proteção à cultura, alçou o direito à proteção do patrimônio cultural à categoria de direito fundamental do homem, uma vez que não há que se falar em respeito à qualidade de vida e à dignidade humana se não houver a preservação da memória, das tradições e dos traços culturais da sociedade brasileira, impondo à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios o dever de atuar no sentido de proteger e promover o patrimônio cultural brasileiro, sob pena de responsabilização. Nesse contexto, os Poderes Públicos, federal, estadual e municipal são corresponsáveis solidariamente pela promoção e proteção dos conhecimentos tradicionais das populações locais.

Diante do exposto, a ação de improbidade administrativa poderá ser manejada com a finalidade de responsabilizar o agente público pela prática de atos ilícitos perpetrados em detrimento dos conhecimentos tradicionais das comunidades locais e, por consequência, do patrimônio cultural imaterial brasileiro, pois estará infringindo, ao menos, os princípios constitucionais da Administração Pública, em especial os da legalidade e eficiência, apresentando-se, assim, a ação de improbidade administrativa como importante e eficaz instrumento de proteção do meio ambiente cultural.

5 Referências

ALONSO, Margarita Floréz. Proteção do Conhecimento tradicional? In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). Semear outras soluções: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005

BECKERT, Cristina. Dilemas da ética ambiental: estudo de um caso. Revista Portuguesa de

Filosofia, Lisboa, n. 59, 2003.

BERTOLDI, Márcia Rodrigues; SPOSATO, Karyna Batista. Instrumentos de proteção dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 12, n. 12, p. 75-93, julho/dezembro de 2012.

FILHO, Carlos Frederico Marés de Souza. *Bens culturais e sua proteção jurídica*. 3. Ed. Curitiba: Juruá, 2011.

FILHO, Marino Pazzaglini. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

JÚNIOR, Alberto do Amaral. "O Desenvolvimento Sustentável no Plano Internacional". In: FILHO, Calixto Salomão (org.). *Regulação e Desenvolvimento: novos temas*. São Paulo: Malheiros, 2012.

JÚNIOR, Edson Beas Rodrigues. *Tutela jurídica dos recursos da biodiversidade, dos conhecimentos tradicionais e do folclore: uma abordagem de desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

JÚNIOR, Wallace Paiva Martins. *Proibição administrativa*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

KISHI, Sandra Akemi Shimada. Acervo digital de conhecimentos tradicionais, sítio cultural de memória tradicional, acesso a conhecimentos tradicionais de publicações e outras questões atuais. In: CUREAU, Sandra et al. (Coord.). *Olhar multidisciplinar sobre a efetividade da proteção do patrimônio cultural*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 147-171.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

OSÓRIO, Fábio Medina Osório. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

1 BERTOLDI, Márcia Rodrigues; SPOSATO, Karyna Batista. Instrumentos de proteção dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 12, n. 12, p. 75-93, julho/dezembro de 2012, p. 79.

2 BERTOLDI, Márcia Rodrigues; SPOSATO, Karyna Batista. Instrumentos de proteção dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia... Op. Cit.*, p. 77.

3 BECKERT, Cristina. Dilemas da ética ambiental: estudo de um caso. *Revista Portuguesa de Filosofia*, Lisboa, n. 59, 2003, p. 686.

4 JÚNIOR, Alberto do Amaral. "O Desenvolvimento Sustentável no Plano Internacional". In: FILHO, Calixto Salomão (org.). *Regulação e Desenvolvimento: novos temas*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 88.

5 Art. 2º da Convenção sobre Diversidade Biológica.

6 ALONSO, Margarita Floréz. Proteção do Conhecimento tradicional? In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Semear outras soluções: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005, p. 296.

7 JÚNIOR, Edson Beas Rodrigues. *Tutela jurídica dos recursos da biodiversidade, dos conhecimentos tradicionais e do folclore: uma abordagem de desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 27.

8 JÚNIOR, Edson Beas Rodrigues. *Tutela jurídica dos recursos da biodiversidade, dos conhecimentos tradicionais e do folclore: uma abordagem de desenvolvimento sustentável... Op. Cit.*, p. 26-27.

9 BERTOLDI, Márcia Rodrigues; SPOSATO, Karyna Batista. Instrumentos de proteção dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia... Op. Cit.*, p. 79.

10 Art. 215, § 1º.

11 KISHI, Sandra Akemi Shimada. Acervo digital de conhecimentos tradicionais, sítio cultural de memória tradicional, acesso a conhecimentos tradicionais de publicações e outras questões atuais. In: CUREAU, Sandra et al. (Coord.). *Olhar multidisciplinar sobre a efetividade da proteção do patrimônio cultural*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 147-171, p.167.

12 MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 1.103.

- 13** FILHO, Carlos Frederico Marés de Souza. **Bens culturais e sua proteção jurídica**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 82.
- 14** FILHO, Marino Pazzaglioni. **Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 18.
- 15** JÚNIOR, Wallace Paiva Martins. **Probidade administrativa**. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 116-117.
- 16** OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 311.
- 17** OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência...** *Op. Cit.*, p. 310.
- 18** BRASIL – Superior Tribunal de Justiça, AgRg no AREsp 322262/SP, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 28.06.2013.
- 19** GARCIA, Émerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 235.
- 20** GARCIA, Émerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa...** *Op. Cit.*, p. 251.
- 21** GARCIA, Émerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa...** *Op. Cit.*, p. 261.
- 22** GARCIA, Émerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa...** *Op. Cit.*, p. 261.
- 23** OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência...** *Op. Cit.*, p. 378.
- * Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Especialista em Direito Público pela Universidade Sul de Santa Catarina. Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Negócios e Administração de Sergipe (FANESE). Promotor de Justiça em Sergipe.
- ** Doutorando em Direito pela Universidade Nacional Lomas de Zamora. Promotor de Justiça em Sergipe.

Advocacia Pública nos Municípios: participação no controle interno e estruturação da carreira

*Cláudio Smirne Diniz**

Justificativa

Por expressa disposição da Constituição Federal de 1988, as funções de representação judicial e extrajudicial, assim como a consultoria jurídica da União, dos Estados e do Distrito Federal, foram atribuídas aos advogados públicos. Entretanto, não há previsão constitucional expressa quanto à Advocacia Pública no plano municipal.

Em que pese a omissão do texto constitucional, considera-se que as funções desempenhadas pela Advocacia Pública ostentam natureza eminentemente técnica e, portanto, o provimento dos respectivos cargos deve dar-se mediante concurso público (CF, art. 37, II). Por outro lado, as atividades desempenhadas são fundamentais para a adequação dos atos de governo e dos atos administrativos à ordem jurídica (CF, art. 37), além de serem vitais para a efetividade do sistema de controle interno (CF, art. 74). Diante disso, a interpretação constitucional conduz à conclusão de que os municípios devem contar com procuradoria jurídica, nos mesmos moldes concebidos para os demais entes federativos (CF, arts. 131 e 132).

A problemática que se vislumbra está em que significativa parcela dos municípios brasileiros não conta com procuradoria jurídica estruturada, constituída por profissionais detentores de cargos efetivos. Ao contrário, privilegia-se o provimento em comissão para o exercício das funções típicas destas procuradorias, muitas vezes prestigiando-se os mesmos profissionais que apoiaram a campanha eleitoral do agente político.

Conforme será a seguir exposto, tal prática viola a Constituição Federal e compromete o controle interno da Administração, tendo em vista que os profissionais, em virtude da precariedade do vínculo que se estabelece com a Administração, não dispõem de autonomia para exercerem livremente, de acordo com convencimento próprio, a orientação jurídica dos gestores públicos.

Fundamentos Jurídicos

A Constituição Federal inseriu a Advocacia Pública dentre as funções essenciais à justiça e conferiu-lhe posição autônoma em relação aos poderes do Estado (Título IV, Capítulo IV). Ao advogado público, detentor de independência técnico-profissional para o desempenho de suas funções, compete a defesa institucional da Administração Pública. Outro ponto está em que a crescente complexidade da Administração Pública exige transformações no exercício da atividade de que se trata, sobretudo no que diz respeito à especialização para lidar com conceitos afetos ao Direito Constitucional e Administrativo.

Exemplo disso encontra-se na dimensão conferida ao interesse público que deve pautar a atividade administrativa. Este não deve se resumir às questões fazendárias, mas estender-se

aos aspectos de juridicidade e legitimidade¹ da ação administrativa, o que pode bem ser ilustrado pela observância do princípio da moralidade como requisito de licitude dos atos discricionários.

Segundo Cristiane da Costa Nery:

No Estado Democrático de Direito as instituições têm tarefas públicas na implementação dos direitos, em especial os direitos sociais. E nesta perspectiva, as Procuradorias Municipais, como estruturas de Estado, permanentes e que garantem a continuidade da Administração Pública, vem desempenhando um enorme papel no cumprimento desse mister.

Procuradores participam de conselhos municipais das políticas públicas, representando o órgão; incorporam os grupos de trabalho da Administração, que têm por tarefa dar cumprimento às competências municipais nessas novas tarefas pós Constituição de 88. São criados mecanismos administrativos de solver questões, as chamadas concertações administrativas: Juntas Administrativas de Indenizações; papel ativo no ajustamento de condutas pelos Termos de Ajustamento de Condutas (TAC). O gerenciamento de precatórios, participação na municipalização da saúde, a legitimação ativa do Município para propor Ação Civil Pública, entre outros. Todos com a participação de Procuradores a exigir qualificação e compreensão técnica.²

A Advocacia Pública deve estar comprometida com a prevenção da corrupção, considerando a posição estratégica que ocupa perante a Administração. Sabe-se que evitar a malversação de recursos públicos é a forma mais eficiente de controle, pois reduz a possibilidade de o agente ímprobo, ao desviar recursos, destiná-los a outros países ou conferir-lhes aparência de licitude, dificultando a recomposição dos danos.

Em sentido mais amplo, quer-se fazer referência ao controle da gestão pública e à missão conferida à Advocacia Pública nesse segmento. Sabe-se que controlar é impor limites aos governantes e orientar no sentido da melhor utilização dos recursos disponíveis. Segundo Evandro Martins Guerra:

Em síntese, controle da Administração Pública é a possibilidade de verificação, inspeção, exame, pela própria Administração, por outros Poderes ou por qualquer cidadão, da efetiva correção na conduta gerencial de um Poder, órgão ou autoridade, no escopo de garantir atuação conforme aos modelos desejados anteriormente planejados, gerando uma aferição sistemática. Trata-se, na verdade de poder-dever, já que, uma vez determinado em lei, não poderá ser renunciado ou postergado, sob pena de responsabilização por omissão do agente infrator.³

Os advogados públicos exercem fundamental papel no controle interno da Administração Pública. Exemplifica-se o exercício do controle interno pelos advogados públicos com o teor do parágrafo único, do art. 38, da Lei 8.666/93. Tal dispositivo determina que 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.⁴

Para assegurar a efetividade do controle interno é indispensável que os agentes públicos incumbidos de tal atribuição detenham garantias funcionais. Com isso, surge a expectativa de que a análise a ser desenvolvida reflita, essencialmente, o conteúdo da ordem jurídica e não a

vontade do administrador, por vezes dela discrepante.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto vislumbra as seguintes características na Advocacia Pública: discricionariedade técnica, despolitização, privatividade e independência funcional⁵. Estas marcas da função indicam a priorização da atuação segundo critérios científicos, assimilados com plena liberdade de convicção pelo profissional. Logo, o exercício da Advocacia Pública deve estar imune a quaisquer interferências, especialmente as que, porventura, partam dos mandatários do poder.

Naturalmente, para que se prevaleça os atributos acima mencionados, a Advocacia Pública deve ser exercida de forma privativa, sob pena de o administrador público buscar, no mercado, a orientação jurídica que melhor atenda aos seus anseios particulares. Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

De outra forma, os agentes políticos e administrativos inconformados com o controle poderiam valer-se de serviços jurídicos avulsos, prestados por advogados privados, descompromissados com os interesses indisponíveis. A profissionalização da advocacia desses interesses é, por isso, princípio constitucional implícito que garante, por sua vez, os princípios substantivos que regem a administração pública e, mais além, o próprio Estado democrático de direito.⁶

Segundo Cristiane da Costa Nery:

A independência e autonomia no trabalho desenvolvido pelos advogados públicos, assim como nas demais carreiras de estado, como se vê, são fundamentais para que as políticas a serem implementadas o sejam com isenção e correção, pois legitimadas por profissionais com comprometimento técnico e orgânico, sem qualquer vinculação com compromissos político-partidários, mas sim com o serviço público, com políticas de Estado.

A defesa das prerrogativas da função pública, portanto, nada mais é do que a defesa da própria instituição administrativa para satisfação do interesse público e da efetivação dos princípios constitucionais da impessoalidade e da eficiência.

As garantias de independência são a garantia da institucionalização do ente de Estado que ele representa, quer seja União, Estado, Município, pois torna efetiva a ação controladora sobre a juridicidade dos atos do Poder Público. E toda e qualquer usurpação das prerrogativas do cargo deve ser combatida, seja mediante ações judiciais, seja mediante a busca da independência e autonomia funcionais, o que deve ser a base da atuação da advocacia pública, haja vista a sua importância para a justiça e o Sistema Federativo Brasileiro.

Deve, portanto, o Advogado Público possuir autonomia, a fim de expressar seu entendimento à luz do direito, salvaguardando os interesses coletivos de forma compromissada com os dispositivos e princípios constitucionais e legais que norteiam sua atuação. O servidor de carreira não está inserido na luta pelo poder político-partidário, mas sim vinculado à causa institucional do ente que representa como expressão do seu trabalho.⁷

Para Dalmo de Abreu Dallari:

O Procurador Público é quem torna certo que o Poder Público não é imune ao Direito.

Compete-lhe defender os interesses sociais, particularizados numa entidade pública, sem excessos ou transigências, sempre segundo o Direito. Consciente de que o poder político e a atividade administrativa são expressões da disciplina jurídica das atividades de direção e administração da sociedade, o Procurador, orientando ou promovendo a defesa de interesses, jamais deverá omitir o fundamento jurídico de seu desempenho. E sua consciência jurídica não há de permitir que, pela vontade de agradar ou pelo temor de desagradar, invoque o Direito segundo critérios de conveniência, para acobertar ações ou omissões injustas.⁸

Por esta razão, a atividade de assessoramento jurídico do Poder Público deve ser exercida por procuradores organizados em carreira, cujo ingresso depende de prévia aprovação em concurso público de provas e títulos, nos termos do art. 132 da Constituição da República:

Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

Parágrafo único. Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias.

Especificamente em relação à Administração Tributária, dispõe expressamente o texto constitucional (CF, art. 37, XXII):

XXII - as administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atividades essenciais ao funcionamento do Estado, exercidas por servidores de carreiras específicas, terão recursos prioritários para a realização de suas atividades e atuarão de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio.

A finalidade da norma constitucional é dotar a Administração Pública de profissionais com qualificação técnica e independência funcional para o exercício de suas funções. Isto se daria por meio das Procuradorias, devidamente constituídas. Confere-se às Procuradorias, portanto, a exclusividade para o exercício das atividades de consultoria jurídica e representação judicial dos entes federativos. O desempenho de tais atribuições, evidentemente, é intransferível e indisponível.

Destaca-se que a Constituição Federal ressalvou apenas a admissibilidade de “consultorias jurídicas” paralelas às Procuradorias-Gerais ou Advocacias-Gerais, na hipótese da instituição deste órgão específico anteriormente à promulgação do texto constitucional (ADCT, art. 69)⁹. Conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal: “a exceção prevista no art. 69 do ADCT indica cabalmente que a tolerância do sistema constitucional para com um modelo descentralizado há de ficar limitada às Consultorias Jurídicas separadas da Procuradoria-Geral existentes na data da promulgação da Constituição”¹⁰.

Verifica-se, assim, que o tratamento constitucional dispensado às Procuradorias torna incompatível o preenchimento de seus cargos por meio dos provimentos em comissão, para o exercício de funções de assistência, de assessoramento ou de consultoria na área jurídica. Segundo Diógenes Gasparini, os “cargos de provimento em comissão são próprios para

direção, comando ou chefia de certos órgãos, para os quais se necessita de um agente que sobre ser de confiança da autoridade nomeante se disponha a seguir sua orientação, ajudando-a a promover a direção superior da Administração. Também destinam-se ao assessoramento (art. 37, inciso v da CF). Por essas razões percebe-se quão necessária é essa fragilidade do liame”¹¹.

No mesmo sentido, Maurício Zockun: “Logo, é um disparate atribuir aos ocupantes de cargos de provimento comissionado a legitimidade para o exercício da advocacia pública consultiva e/ou litigiosa dos municípios. Tratar-se-ia de atribuição de competência pública a agente ilegítimo para esse mister; o que revela a prática de grosseira inconstitucionalidade à luz do art. 37, II, da Constituição da República”¹².

Para Cármen Lúcia Antunes Rocha, a estabilidade não pode ser considerada privilégio do servidor, mas, antes, garantia para o cidadão, na medida em que confere segurança à Administração Pública:

Ciente de poder exercer as funções inerentes ao cargo ocupado e à sua permanência nos quadros administrativos de determinada entidade, independentemente dos interesses particulares e pessoas que tentem solapar o interesse público, o servidor estável em cargo no serviço público dispõe de tranquilidade profissional para cumprir o seu mister sem se permitir tocar por objeções sem causa pública verdadeira em sua carreira.¹³

A jurisprudência é firme no sentido de reconhecer a incompatibilidade do provimento em comissão para as funções que devem ser desempenhadas pelas procuradorias jurídicas:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI COMPLEMENTAR 11/91, DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO (ART. 12, CAPUT, E §§ 1º E 2º; ART. 13 E INCISOS I A V) - ASSESSOR JURÍDICO - CARGO DE PROVIMENTO EM COMISSÃO - FUNÇÕES INERENTES AO CARGO DE PROCURADOR DO ESTADO - USURPAÇÃO DE ATRIBUIÇÕES PRIVATIVAS - PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - MEDIDA LIMINAR DEFERIDA. - O desempenho das atividades de assessoramento jurídico no âmbito do Poder Executivo estadual traduz prerrogativa de índole constitucional outorgada aos Procuradores do Estado pela Carta Federal. A Constituição da República, em seu art. 132, operou uma inderrogável imputação de específica e exclusiva atividade funcional aos membros integrantes da Advocacia Pública do Estado, cujo processo de investidura no cargo que exercem depende, sempre, de prévia aprovação em concurso público de provas e títulos.¹⁴ (destacou-se)

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ANEXO II DA LEI COMPLEMENTAR 500, DE 10 DE MARÇO DE 2009, DO ESTADO DE RONDÔNIA. ERRO MATERIAL NA FORMULAÇÃO DO PEDIDO. PRELIMINAR DE NÃO-CONHECIMENTO PARCIAL REJEITADA. MÉRITO. CRIAÇÃO DE CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO DE ASSESSORAMENTO JURÍDICO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO DIRETA. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. Conhece-se integralmente da ação direta de inconstitucionalidade se, da leitura do inteiro teor da petição inicial, se infere que o pedido contém manifesto erro material quanto à indicação da norma impugnada. 2. A atividade de assessoramento jurídico do Poder Executivo dos Estados é de ser exercida por procuradores organizados em carreira, cujo ingresso depende de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, nos termos do art. 132

da Constituição Federal. Preceito que se destina à configuração da necessária qualificação técnica e independência funcional desses especiais agentes públicos. 3. É inconstitucional norma estadual que autoriza a ocupante de cargo em comissão o desempenho das atribuições de assessoramento jurídico, no âmbito do Poder Executivo. Precedentes. 4. Ação que se julga procedente.¹⁵ (destacou-se)

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE NO MANDADO DE SEGURANÇA. LEI 1.578/93 DO MUNICÍPIO DE BAIXO GUANDU. INSTITUIÇÃO DE CARGO EM COMISSÃO DE ASSESSOR JURÍDICO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA. MANIFESTA INCONSTITUCIONALIDADE. INCOMPATIBILIDADE DIRETA COM OS ARTIGOS 131 E 132 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ADVOCACIA PÚBLICA. NECESSIDADE DE CONCURSO PÚBLICO.

1) **Incide em manifesta inconstitucionalidade, por incompatibilidade vertical com os artigos 131 e 132 da Constituição Federal,** a Seção III do **Capítulo I** da Lei nº 1.578/93 do Município de Baixo Guandu, que atribuiu a servidores comissionados a responsabilidade pelo desempenho da atividade jurídica consultiva e contenciosa exercida na defesa dos interesses da referida unidade federativa.

2) A Magna Carta de 1988, ao conferir o monopólio da defesa jurídica das pessoas políticas aos detentores de cargos, organizados em carreira, de Procurador ou de Advogado da União, na verdade, objetivou institucionalizar a Advocacia Pública, delineando o seu perfil e discriminando as atividades inerentes aos órgãos e agentes que a compõem.

3) E isso porque, ao exigir concurso público, a Constituição quis que seus membros tivessem a necessária independência funcional para realizarem o bom controle da legalidade dos atos da Administração, de forma a assegurar que esses – atos administrativos – não sejam praticados somente de acordo a vontade do administrador, mas também em conformidade com o sistema normativo.

4) De tal maneira, somente um servidor que tem asseguradas certas garantias funcionais, como ocorre com os concursados, pode afirmar, sem nenhum temor de ser exonerado, que um ato do Presidente da República, do Governador, do Prefeito, de Secretário não está condizente com a lei.

5) Por tais razões, **a norma constitucional que institucionaliza a Advocacia Pública está revestida de eficácia vinculante para todas as unidades federadas,** uma vez que, conforme salienta o Ministro Celso de Melo, no contexto normativo que emerge o art. 132 da Constituição, e numa análise preliminar do tema, parece não haver lugar para nomeações em comissão de servidores públicos que venham a ser designados, no âmbito do Poder Executivo, para o exercício de funções de assistência, de assessoramento ou de consultoria na área jurídica. A exclusividade dessa função de consultoria remanesce, agora, na esfera institucional da Advocacia Pública, exercida [...] por suas respectivas procuradorias-gerais e pelos membros que a compõem. (ADIN 881, DJ 25.04.1997).

6) Logo, **a Advocacia Pública deve ser exercida exclusivamente por servidores efetivos, sendo incompatíveis com tal mister os cargos de natureza comissionada, por se enquadrar como de confiança da autoridade nomeante.**

ACORDA o Egrégio Tribunal Pleno, em conformidade da ata e notas taquigráficas da sessão, que integram este julgado, à unanimidade, declarar a inconstitucionalidade da norma inserta na Seção III do Capítulo I da Lei nº 1.578/93 do Município de Baixo Guandu.¹⁶ (destacou-se)

O mesmo raciocínio se aplica às procuradorias municipais, em observância ao princípio da simetria¹⁷. É que, a despeito de os municípios possuírem autonomia organizacional, tais entes federativos estão adstritos aos princípios estabelecidos na Constituição Federativa do Brasil e dos Estados. Assim, o legislador municipal não atua de forma totalmente livre, mas deve adotar estrutura similar àquela existente na União e nos Estados, conforme determina o art. 29 da Constituição da República: “*O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: [...]*”.¹⁸

O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou sobre este ponto específico:

No caso, verifica-se que a decisão impugnada está em sintonia com o posicionamento desta Corte nos autos da ADI nº 881-1/ES, cuja ementa assim dispõe: “**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI COMPLEMENTAR 11/91, DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO (ART. 12, CAPUT, E §§ 1º E 2º; ART. 13 E INCISOS I A V) - ASSESSOR JURÍDICO - CARGO DE PROVIMENTO EM COMISSÃO - FUNÇÕES INERENTES AO CARGO DE PROCURADOR DO ESTADO - USURPAÇÃO DE ATRIBUIÇÕES PRIVATIVAS - PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - MEDIDA LIMINAR DEFERIDA. - O desempenho das atividades de assessoramento jurídico no âmbito do Poder Executivo estadual traduz prerrogativa de índole constitucional outorgada aos Procuradores do Estado pela Carta Federal. A Constituição da República, em seu art. 132, operou uma inderrogável imputação de específica e exclusiva atividade funcional aos membros integrantes da Advocacia Pública do Estado, cujo processo de investidura no cargo que exercem depende, sempre, de prévia aprovação em concurso público de provas e títulos.**” (ADI 881 MC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, DJ 25-04-1997)

***Mutatis mutandis*, é o que, em princípio, deve ser aplicado no caso de criação de cargo de provimento em comissão para assessoramento jurídico de Chefia do Executivo Municipal**”.¹⁹ (destacou-se)

Nesse mesmo sentido, decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LIMINAR. CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO. PROCURADOR DO MUNICÍPIO. CARGO QUE, EM PRINCÍPIO, DADAS SUA NATUREZA E CARACTERÍSTICAS, NÃO SE AMOLDA AO PROVIMENTO ATRAVÉS DOS CHAMADOS CARGOS EM COMISSÃO. RECURSO AO QUAL SE DÁ PROVIMENTO PARA AMPLIAR A ABRANGÊNCIA DA LIMINAR DEFERIDA NA ADIN Nº 70011374410, PARA ABARCAR, TAMBÉM, O CARGO DE PROCURADOR DO MUNICÍPIO. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. (TJRS – Agravo Regimental Nº 70011550241 – Órgão Julgador: Tribunal Pleno – Relator: Alfredo Guilherme Englert – Julgamento: 09-05-2005).

Na mesma linha, encontra-se o posicionamento adotado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo:

MANDADO DE SEGURANÇA – Reconhecimento da inconstitucionalidade da LC nº 87/01 que criou 08 cargos de Procurador do Município de provimento em comissão - Cargo de natureza técnica, que independe de vínculo de confiança com o chefe do Poder Executivo - Forma de provimento inquinada de vício de inconstitucionalidade - Afronta o art. 37, II, da CF - Impossibilidade todavia de sua transformação em cargo de provimento efetivo - Dependente de Lei - Recurso não provido. (TJSP – Apelação Cível n. 812.714.5/2-00 – Relator: Magalhães Coelho – Órgão Julgador: Terceira Câmara de Direito Público – Julgamento: 25-11-2008).

Considera-se, para as assertivas aqui sustentadas, a existência de significantes diferenças estruturais – tanto financeiras, quanto administrativas – entre os entes federativos. Essa circunstância não pode justificar a perpetuação de situação que, além de ser inconstitucional, configura verdadeiro conflito de interesses, na medida em que permite que os administradores públicos definam quem serão seus próprios controladores. Com efeito, as disparidades devem ser solucionadas com a inspiração nas procuradorias dos grandes centros, recriando-as dentro da realidade, mais singela e enxuta, dos entes dotados de orçamentos mais reduzidos.

Por outro lado, considera-se que todo município dispõe de advogado, ainda que investido mediante provimento em comissão. Assim, a instituição de carreira própria, dotada de cargos efetivos, não implicaria em elevação de custos. É o que pondera Cristiane da Costa Nery:

No que tange aos Municípios, todos possuem necessariamente um advogado para exercer sua representação, seja na forma efetiva, seja por contratação de cargo em comissão. Assim, não há repercussão financeira imediata com a realização de concurso público, pois significa consolidar o que já existe. Nada mais é do que garantir a permanência de um profissional especializado e qualificado nos quadros públicos, efetivando, principalmente, a impessoalidade na execução das tarefas.²⁰

Por fim, há que se considerar que o Município foi expressamente reconhecido – a partir de 1988 – como entidade federada, ao lado da União e do Estado. Como entidade estatal, o Município detém personalidade jurídica de direito público interno, estando investido de autonomia político-administrativa. Logo, dada sua envergadura política, não se pode admitir que a atuação do administrador público seja desprovida do necessário assessoramento técnico e independente.

Conclusão

As funções atinentes à Advocacia Pública nos municípios, assim como na União e nos Estados, devem ser exercidas por agentes públicos devidamente qualificados, ocupantes de cargos efetivos, investidos mediante prévia aprovação em concurso público de provas e títulos e organizados em carreira devidamente estruturada. Sendo assim, a norma que confere tratamento diverso à Advocacia Pública incide em inconstitucionalidade material, por ofensa aos arts. 37, incs. II e XXII, 74 e 132, todos da Constituição Federal, a qual deve ser arguida pelo Ministério Público, tanto incidentalmente, dando ensejo ao controle difuso, quanto de forma direta, provocando o controle concentrado.

Referências bibliográficas e jurisprudenciais

- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Renascer do direito: direito e vida social, aplicação do direito, direito e política*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 47.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.
- GUERRA, Evandro Martins. *Os controles externos e internos da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Advocacia de Estado e as novas competências federativas. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 33, n. 129, jan./mar. 1996, p. 275-279.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- NERY, Cristiane da Costa. *A constitucionalização da carreira do Procurador Municipal: função essencial e típica do Estado*. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 60, p. 243-260, mar./abr. 2010.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade 881-1. Rel. Min. Celso de Mello. Plenário 02.08.1993.
- STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade 881 MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 02.08.1993, publicado em 25.04.1997.
- STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade 507. Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 14.02.1996, Plenário, *DJ* de 08.08.2003.
- STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.679-GO, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 21.11.2003.
- STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.557-5 – Distrito Federal. Rel. Mina. Ellen Gracie. Plenário 31.03.2004.
- STF. Suspensão de Tutela Antecipada 320. Rel. Min. Pres. Gilmar Mendes, julgado em 05.05.2009, publicado em 11.05.2009.
- STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.113. Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 4-3-2009, Plenário, *DJE* de 21-8-2009.
- STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.261. Rel. Min. Ayres Britto, julgado em 02.08.2010, publicado em 20.08.2010.
- TCU. Acórdão 521/2013-Plenário, TC 009.570/2012-8, relator Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti, 13.3.2013.
- TJES. Incidente de Inconstitucionalidade em Apelação Cível nº 0801007-96.2008.8.08.0007. Relator: José Paulo Calmon Nogueira da Gama julgado em 28.06.2012, publicado em 10.07.2012.
- ZOCKUN, Maurício. Impossibilidade de a advocacia pública ser exercida por ocupantes de cargos de provimento comissionado: o caso dos Municípios (Comentários ao Acórdão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.261). *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 14, n. 71, p. 181-188, jan./fev. 2012.

¹ Legitimidade, segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, é “a conformidade da ação do Estado com a vontade política

dominante na sociedade, recolhida pelos meios igualmente por ela aceitos” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 558). Os controles de legalidade e legitimidade se aproximam, pois o ato, apesar de sua legalidade, pode não atingir a promoção do interesse público.

- 2 NERY, Cristiane da Costa. *A constitucionalização da carreira do Procurador Municipal: função essencial e típica do Estado*. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 12, n. 60, p. 248, mar./abr. 2010.
- 3 GUERRA, Evandro Martins. Os controles externos e internos da administração pública. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 90.
- 4 Posicionou-se o TCU no sentido de que a falta de implementação do encaminhamento apontado no parecer jurídico demanda a explicitação, por escrito, dos motivos que embasam a solução adotada e sujeita o gestor às consequências de tal ato, caso se confirmem as irregularidades apontadas pelo órgão jurídico. No caso, o relator fez alusão ao Acórdão 147/2006 – Plenário, segundo o qual 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, relator Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti, 13.3.2013).
- 5 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Advocacia de Estado e as novas competências federativas. Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 33, n. 129, jan./mar. 1996, p. 278.
- 6 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Advocacia de Estado e as novas competências federativas. Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 33, n. 129, jan./mar. 1996, p. 278.
- 7 NERY, Cristiane da Costa. *A constitucionalização da carreira do Procurador Municipal: função essencial e típica do Estado*. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 12, n. 60, p. 250, mar./abr. 2010.
- 8 DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Renascer do direito: direito e vida social, aplicação do direito, direito e política*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 47.
- 9 Art. 69. Será permitido aos Estados manter consultorias jurídicas separadas de suas Procuradorias-Gerais ou Advocacias-Gerais, desde que, na data da promulgação da Constituição, tenham órgãos distintos para as respectivas funções.
- 10 STF. ADI 1.679-GO, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 21.11.2003.
- 11 GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 328.
- 12 ZOCKUN, Maurício. Impossibilidade de a advocacia pública ser exercida por ocupantes de cargos de provimento comissionado: o caso dos Municípios (Comentários ao Acórdão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.261). Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 14, n. 71, p. 188, jan./fev. 2012.
- 13 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 206.
- 14 STF, ADI 881 MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 02.08.1993, publicado em 25.04.1997.
- 15 STF, ADI 4261, Rel. Min. Ayres Britto, julgado em 02.08.2010, publicado em 20.08.2010.
- 16 TJES. Incidente de Inconstitucionalidade em Apelação Cível nº 0801007-96.2008.8.08.0007, Relator: José Paulo Calmon Nogueira da Gama julgado em 28.06.2012, publicado em 10.07.2012.
- 17 “O poder constituinte outorgado aos Estados-membros sofre as limitações jurídicas impostas pela Constituição da República. Os Estados-membros organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem (CF, art. 25), submetendo-se, no entanto, quanto ao exercício dessa prerrogativa institucional (essencialmente limitada em sua extensão), aos condicionamentos normativos impostos pela CF, pois é nessa que reside o núcleo de emanção (e de restrição) que informa e dá substância ao poder constituinte decorrente que a Lei Fundamental da República confere a essas unidades regionais da Federação.” (ADI 507, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 14-2-1996, Plenário, DJ de 8-8-2003.) No mesmo sentido: ADI 2.113, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 4-3-2009, Plenário, DJE de 21-8-2009.
- 18 Sendo assim, parece desnecessária a inclusão expressa da Procuradoria do Município no art. 132 da Constituição Federal, conforme pretende a Proposta de Emenda Constitucional nº 17/2012.
- 19 STF. STA 320, Relator: Min. Ministro Presidente Gilmar Mendes, julgado em 05.05.2009, publicado em 11.05.2009.
- 20 NERY, Cristiane da Costa. *A constitucionalização da carreira do Procurador Municipal: função essencial e típica do Estado*. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 12, n. 60, p. 257, mar./abr. 2010.

* Promotor de Justiça em Curitiba

Designado no CAOP do Patrimônio Público

O Emprego Irregular de Verbas Públicas e a Incidência do Inciso XI do Artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa

*Cláudio Smirne Diniz**

Justificativa

Os efeitos jurídicos do emprego irregular de verbas públicas, especificamente no campo da responsabilidade, recebe tratamento divergente por parte da doutrina e da jurisprudência. A hipótese de que se trata é a do ato do gestor público que implica no emprego de verbas públicas em finalidade diversa daquela prevista na legislação orçamentária, ainda que a destinação dos recursos também tenha finalidade pública. As situações mais recorrentes dizem respeito às vinculações orçamentárias nas áreas da educação e da saúde.

As várias fontes do Direito apontam para os seguintes efeitos decorrentes da destinação irregular de verbas: i) intervenção no ente federativo, quando não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde (CF, art. 35, III)¹; ii) recomposição orçamentária, em exercício futuro; iii) reparação do dano; e, ainda, iv) no campo da improbidade administrativa, pela caracterização de ato que causa prejuízo ao erário (LIA, art. 10) e de ato atentatório aos princípios (LIA, art. 11).

Duas observações parecem pertinentes. A primeira, no sentido de que os efeitos jurídicos acima enumerados não são, necessariamente, excludentes. A segunda, quanto à improbidade administrativa, a existência de divergência, inclusive quanto à incidência do art. 10 ou do art. 11 da Lei 8.429/92.

Sustenta-se, no presente estudo, que a referida conduta enseja a aplicação do inc. XI do art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa, sem prejuízo de outras consequências cumulativas, quando compatíveis.

Fundamentos Jurídicos

A Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000, ao estabelecer normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, disciplinou a vinculação de verbas públicas:

Art. 8º. Parágrafo único. Os recursos legalmente vinculados a finalidade específica serão utilizados exclusivamente para atender ao objeto de sua vinculação, ainda que em exercício diverso daquele em que ocorrer o ingresso.

Transcreve-se a jurisprudência sobre o dispositivo acima:

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: NOVA VISÃO.

1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador.
2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.
3. Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas.
4. Recursos especial provido.²

A vinculação orçamentária opera-se em diferentes segmentos. Destaca-se, para ilustrar o trabalho, as áreas da educação e da saúde.

No campo da educação, o valor mínimo a ser aplicado é de 18% das receitas provenientes de impostos para a União; e, de 25%, para os Estados, Municípios e Distrito Federal, nos termos do art. 212 da Constituição da República:

Art. 212. 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.

[...]³

A Lei 11.494, de 20 de junho de 2007, regulamenta o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – FUNDEB.

Na saúde, a Emenda Constitucional nº 29/2000 definiu, com maior precisão, o conteúdo do art. 198 da Constituição Federal, acrescentando-lhe os §§ 2º e 3º e respectivos incisos, bem como o art. 77 e parágrafos no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Estas regras determinam, em síntese, a aplicação de percentual mínimo de recursos em atividades finalísticas de saúde pública⁴. Os gastos com saúde devem se enquadrar no art. 200 da Constituição Federal, nos artigos 5º e 6º da Lei 8.080/90 e nos artigos 2º a 4º da Lei Complementar Federal n. 141/2012.

Em síntese, a União deve aplicar o valor investido no ano anterior mais a variação anual do PIB. Os Estados devem aplicar, no mínimo, 12% dos recursos próprios provenientes de impostos, e os Municípios, no mínimo, 15% dos recursos próprios provenientes de impostos.

Exemplificadas algumas situações de vinculação orçamentária, importa considerar a hipótese da não aplicação do percentual das receitas vinculadas às finalidades previamente determinadas no ordenamento jurídico. Diante dessa ilicitude, há que se perquirir acerca da responsabilidade do gestor público pela prática de ato de improbidade administrativa. Nesse sentido, surgem duas correntes de entendimento, em relação às quais foi feita referência na introdução acima.

A primeira delas compreende que o emprego irregular de verbas caracteriza o ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/92, pois não se observa, no caso, a ocorrência de dano ao erário, mas, apenas, ofensa aos Princípios da Administração Pública. O raciocínio é simples: se os recursos não foram desviados para fins particulares, se não houve decréscimo nos ativos da contabilidade pública, não haveria dano e, se não há dano,

não incide o art. 10 da Lei 8.429/92⁵.

Em sentido contrário, este estudo filia-se à segunda corrente que vislumbra a incidência do inc. XI do art. 10 da Lei 8.429/92:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

[...]

XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

Considera-se, para tal posicionamento, que o conceito de patrimônio público abarcado pela Lei de Improbidade Administrativa é extremamente amplo. Alargou-se, inclusive, a visão do § 1º do art. 1º da Lei 4.717/6510 (Lei de Ação Popular). Por este viés, patrimônio público não envolve apenas aspectos vinculados à vertente patrimonial, porquanto essa noção econômico-financeira está atrelada à concepção de erário público. O conceito de patrimônio público se estende aos aspectos valorativos que norteiam a atividade estatal.

Portanto, patrimônio público – direito difuso – inclui também o acervo extrapatrimonial ou moral. Segundo Fernando Rodrigues Martins:

O patrimônio moral equivale, em linha de tutela jurisdicional, ao patrimônio público, podendo ser revelado quando do desrespeito à honestidade ou à justiça, quando da quebra de confiança, quando da incidência do agente público em desvio de poder ou em abuso de autoridade, sendo certo que sua notável característica é a independência conceitual de lesividade econômica.⁶

Isso compreende não só bens e direitos, mas, acima de tudo, os valores essenciais e incidentes à atividade do Estado. Transcreve-se o entendimento jurisprudencial:

A questão que se coloca, é se a transgressão constitucional, que condena a cidade à privação de um mais adequado desenvolvimento humano, pode tipificar ato de improbidade. A este respeito é de se ressaltar mais uma vez que a ordem não partiu de um regulamento, uma instrução ou até mesmo de uma ‘lei ordinária’ ou ‘complementar’. A ordem partiu da Constituição, representado por fator numérico certo e objetivo. O desvio de verbas para outras rubricas contábeis não representa mero erro, ou simples desvio de finalidade. A conduta é necessariamente voluntária, enfeixando séria transgressão às normas sobre gestão pública. Não se trata de mera ilegalidade inconsequente, mas de desvio que atinge frontalmente cláusula constitucional, reclamando por severa punição política ou administrativa. (TJSP, Ap. nº 9205773-74.2009.8.26.0000, Rel. Des. Venício Salles, j. 27.04.2011)

A doutrina se posiciona pela ocorrência de dano, quando o agente público determina a despesa pública em desacordo com a legislação. Neste sentido, Sérgio Ferraz e Lúcia Valle Figueiredo sustentam que:

Quem quer que utilize dinheiros públicos terá de verificar seu bom e regular emprego, na conformidade das leis, regulamentos e normas emanadas das autoridades administrativas competentes, ou seja: quem gastar, tem de gastar de acordo com a Lei.

Isso quer dizer: quem gastar em desacordo com a Lei, há de fazê-lo por sua conta, risco e perigos. Pois impugnada a despesa, a quantia irregularmente gasta terá que retornar ao erário público.⁷

Para Wallace Paiva Martins:

A censura legal também se direciona contra a realização de despesas com finalidade estranha ou diversa da explicitada em lei ou regulamento (realização de despesa com finalidade diversa da prevista). Cuida-se, portanto, da censura ao desvio e ao emprego irregular de verba pública, da tutela dos requisitos da forma e da finalidade da liberação de verba pública, abarcando não somente a despesa pública como também qualquer ato de saída de dinheiro dos cofres públicos, diferentemente do art. 10, IX, que trata apenas de despesa pública. Pode caracterizar a situação descrita no art. 10, XI, primeira parte, da Lei 8.429/92 [...] a aplicação de recursos resultantes da repartição de receita tributária ou da arrecadação de tributos vinculados (taxas, contribuições de melhoria e impostos, estes excepcionalmente nos casos dos arts. 167, IV, e 198 § 2º, da Constituição Federal, referente aos serviços públicos de ensino e saúde) [...]⁸

O Tribunal de Justiça do Paraná já decidiu pela incidência do art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa:

DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA, CUJO PEDIDO É APENAS DE RESSARCIMENTO DE DANO AO ERÁRIO. IMPRESCRITÍVEL CONSOANTE ARTIGO 37, PARÁGRAFO 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DE PEDIDO DO AUTOR NAS SANÇÕES PREVISTAS NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA ANTE A PRESCRIÇÃO. SENTENÇA EXTRA PETITA. NULIDADE PARCIAL DECLARADA DE OFÍCIO. [...] 3) DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INOBSERVÂNCIA DA APLICAÇÃO DO PERCENTUAL MÍNIMO EM EDUCAÇÃO (ARTIGO 212, CF) E DESTINAÇÃO AOS RECURSOS PÚBLICOS DO FUNDEF DIVERSA DAQUELA PREVISTA EM LEI. VERBAS VINCULADAS. APLICAÇÃO EM ÁREAS DIVERSAS. OCORRÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO. CONDUTA DOLOSA. PRÁTICA DA CONDUTA TIPIFICADA NOS ARTIGOS 11 E 10, INCISO XI, DA LEI Nº 8.429/1992. AÇÃO IMPRESCRITÍVEL. RESSARCIMENTO DE VALORES. a) O Apelante deixou de observar a aplicação do percentual mínimo em educação segundo previsto no artigo 212, da Constituição Federal, bem como restou incontroverso nos autos que o Apelante, quando era Prefeito do Município de Faxinal, aplicou, com base em critérios pessoais, parte dos recursos oriundos do FUNDEF no pagamento de remuneração de profissionais alheios ao ensino fundamental público, dando destinação aos recursos públicos diversa daquela prevista em Lei. b) Trata-se de ato administrativo vinculado a aplicação dos recursos destinados a educação (artigo 212, CF) e dos recursos oriundos do FUNDEF no ensino fundamental público e na valorização de seu magistério, não podendo o agente político, com base em critérios pessoais, dar destinação diversa daquela prevista expressamente em lei. c) Logo, a utilização de verba para fim diverso daquele para o qual estava vinculada por Lei, implicou na prática da conduta tipificada nos artigos 11, e, 10, inciso XI, da Lei nº 8.429/1992, caracterizando improbidade administrativa. d) É bem de ver, ainda, que restou caracterizado o dolo na conduta do Apelante, já que consciente e voluntariamente

deixou de aplicar o percentual mínimo em educação segundo previsto no artigo 212, da Constituição Federal, bem como deu destinação diversa daquela expressamente prevista em lei à parte dos recursos provenientes do FUNDEF, ofendendo, assim, intencionalmente, o princípio da legalidade. e) No caso, o prejuízo ao erário está caracterizado pelos valores aplicados irregularmente, que comprometem o atendimento dos objetivos do FUNDEF, acarretando prejuízos a grande parcela da população, os quais devem ser ressarcidos ao Município, de modo que venham a atender às finalidades específicas e vinculadas para as quais foram previstos. (Relator vencido, nessa parte). f) Ou seja, ainda que a verba tenha sido utilizada com outras despesas do Município, deve ser recomposta à área para a qual foi originariamente destinada. [...] 5) APELOS AOS QUAIS SE NEGA PROVIMENTO. (RELATOR PARCIALMENTE VENCIDO). SENTENÇA, DE OFÍCIO, DECLARADA PARCIALMENTE NULA. (TJPR, Apelação Cível nº 800.798-1, Rel. Des. Leonel Cunha, j. 13.12.2011)

Por fim, pondera-se que o dano ao patrimônio público, decorrente do emprego irregular de verbas, pode ser constatado materialmente com a demonstração de que determinada política pública setorial não tenha sido plenamente implementada, como, por exemplo, a não construção de unidade de atendimento hospitalar, o distanciamento da meta de universalização da educação infantil, etc... Tais diligências podem ser encetadas em parceria com as Promotorias de Justiça Especializadas.

A tese, portanto, é a de que o dano não decorre da perda patrimonial, mas do prejuízo à própria política pública, esta também integrante do conceito de patrimônio público adotado pela Lei de Improbidade Administrativa.

Verifica-se, portanto, que frente à presença de dolo ou culpa do gestor público, é de se perquirir acerca da responsabilidade pela prática de ato de improbidade administrativa, com incidência do art. 10 da Lei 8.429/92.

Conclusão

A conduta de se empregar verba pública em destinação diversa daquela prevista na legislação orçamentária, ainda que se preserve a finalidade pública na destinação, configura, em tese, a prática de ato de improbidade administrativa, descrita no inc. XI do art. 10, sujeitando o gestor público às sanções do inc. II do art. 12, ambos da Lei 8.429/92, inclusive em relação ao ressarcimento do dano.

Referências bibliográficas e jurisprudenciais

FERRAZ, Sérgio; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Dispensa e Inexigibilidade de Licitação. São Paulo: Ed. Malheiros, 1994.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MARTINS, Fernando Rodrigues. Controle do Patrimônio Público: comentários à lei de improbidade administrativa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARTINS, JÚNIOR. Wallace Paiva. Proibição Administrativa. São Paulo: Saraiva, 2006.

OSÓRIO, Fábio Medina. Improbidade Administrativa: observações sobre a Lei nº 8.429/92.

Porto Alegre: Ed. Síntese, 1998.

STJ. Resp 493.811/SP. 2ª T. Rel. Min. Eliana Calmon, j. 11.11.2003, DJ 15.03.04.

TJPR. Apelação Cível nº 800.798-1. Rel. Des. Leonel Cunha, j. 13.12.2011.

TJPR. Apelação Cível nº 948.278-0. Rel. Desa. Maria Aparecida Blanco de Lima, j. 26.03.2013.

TJSP. Apelação 9076509-72.2007.8.26.0000. Rel. Des. Vicente de Abreu Amadei.

TJSP, Ap. nº 9205773-74.2009.8.26.0000, Rel. Des. Venício Salles, j. 27.04.2011.

1* Promotor de Justiça em Curitiba

Há a mesma disposição tratando da União em relação aos Estados: “Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: [...] VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: [...] e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde”.

2 STJ – Resp 493811/SP – 2º T. – Min. Eliana Calmon – j. 11.11.2003. DJ 15.03.04.

3 Há regra de transição: “Art. 60, § 5º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: **Art. 60.** Nos dez primeiros anos da promulgação desta Emenda, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios destinarão não menos de sessenta por cento dos recursos a que se refere o caput do art. 212 da Constituição Federal, à manutenção e ao desenvolvimento do ensino fundamental, com o objetivo de assegurar a universalização de seu atendimento e a remuneração condigna do magistério. [...] **§ 5º** Uma proporção não inferior a sessenta por cento dos recursos de cada Fundo referido no § 1º será destinada ao pagamento dos professores do ensino fundamental em efetivo exercício no magistério”.

4 **Art. 77.** Até o exercício financeiro de 2004, os recursos mínimos aplicados nas ações e serviços públicos de saúde serão equivalentes: **I** - no caso da União: **a)** no ano 2000, o montante empenhado em ações e serviços públicos de saúde no exercício financeiro de 1999 acrescido de, no mínimo, cinco por cento; **b)** do ano 2001 ao ano 2004, o valor apurado no ano anterior, corrigido pela variação nominal do Produto Interno Bruto - PIB; **II** - no caso dos Estados e do Distrito Federal, doze por cento do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o Art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; e **III** - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, quinze por cento do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o Art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º. **§ 1º** - Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que apliquem percentuais inferiores aos fixados nos incisos II e III deverão elevá-los gradualmente, até o exercício financeiro de 2004, reduzida a diferença à razão de, pelo menos, um quinto por ano, sendo que, a partir de 2000, a aplicação será de pelo menos sete por cento. **§ 2º** - Dos recursos da União apurados nos termos deste artigo, quinze por cento, no mínimo, serão aplicados nos Municípios, segundo o critério populacional, em ações e serviços básicos de saúde, na forma da lei. **§ 3º** - Os recursos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios destinados às ações e serviços públicos de saúde e os transferidos pela União para a mesma finalidade serão aplicados por meio de Fundo de Saúde que será acompanhado e fiscalizado por Conselho de Saúde, sem prejuízo do disposto no Art. 74 da Constituição Federal. **§ 4º** - Na ausência da lei complementar a que se refere o Art. 198, § 3º, a partir do exercício financeiro de 2005, aplicar-se-á à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios o disposto neste artigo”.

5 Ação Civil Pública. Improbidade administrativa. Cerceamento de defesa, por julgamento antecipado da lide, inócurre Adequação da via eleita. Aplicação da Lei de Improbidade Administrativa. Agente político, ex-Prefeito, suscetível de prática de ato de improbidade administrativa, sem prejuízo de eventual responsabilidade política e criminal. Improbidade consistente na aplicação de percentual inferior ao mínimo constitucional destinado ao ensino (25%), e má administração de verbas públicas (despesas excessivas com pessoal, sem previsão orçamentária). Inteligência do art. 212 da CF/88 c.c. art. 69, § 5º, I a III, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, e, ainda, do art. 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal. Dano patrimonial ao erário, em sentido próprio, não caracterizado. Classificação da improbidade apenas no art. 11, II, da Lei nº 8.429/92. Proporcionalidade das sanções. Recurso parcialmente provido, com reclassificação e redução das sanções aplicadas, apenas para a de suspensão de direitos políticos e a de contratação com a Administração ou recebimento de benefícios ou incentivos públicos. 1. Maduro o feito para o julgamento, não há cerceamento de defesa, por julgamento antecipado da lide. 2. Ação civil pública é via adequada para causa relativa à improbidade administrativa. 3. “O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público” (Súmula 329 do STJ). 4. Prefeito é agente público suscetível à aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, sem prejuízo de eventual responsabilidade política e criminal. 5. Desrespeito ao percentual mínimo constitucional destinado ao ensino (25%) e má administração das verbas públicas, com realização de despesas com pessoal em excesso, sem previsão orçamentária, inclusive nos últimos 180 dias do mandato eletivo, configura ato de improbidade administrativa (art. 11, II, da Lei nº 8.429/92 c.c. arts. 212 CF, 69, §5º, I a III, da LDBE, e 42 da LRF), ainda que ausente dano patrimonial ao erário, em sentido próprio. (TJSP – Apelação 9076509-72.2007.8.26.0000 – Rel. Des. Vicente de Abreu Amadei)

6 MARTINS, Fernando Rodrigues. Controle do Patrimônio Público: comentários à lei de improbidade administrativa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 163.

7 Dispensa e Inexigibilidade de Licitação. São Paulo: Ed. Malheiros, 1994, p. 93.

A atuação do Ministério Público em fase que antecede ao Registro Imobiliário de Loteamentos

Cristiane Aparecida Ramos¹

Alair Koenig²

Ítalo João Chiodelli³

1. Exposição

A atuação do Ministério Público nesta área está consolidada desde o advento da Constituição Federal de 1988, que veio para sacramentar atuações, que antes, eram meramente registrais e criminais, trazidas pela Lei Federal nº 6.766/1979.

Hoje, a atuação do Ministério Público, nesta área, se justifica na defesa do meio ambiente e na defesa do consumidor, com a força trazida pela Lei da Ação Civil Pública em 1985, pela Constituição de 1988 e pelo Código de Defesa do Consumidor de 1990. Sem contar que o artigo 1º da lei nº 7.347/85, sofreu alterações pela Medida Provisória nº 2.180-35 de 2001 incluindo, em seu inciso VI, a ordem urbanística entre os direitos tutelados pela ação civil pública.

O assunto, nos últimos anos tomou proporções importantes e tanto é assim que no Estado do Paraná passou a ser tratado por Centro de Apoio Operacional criado só para tratar deste assunto, como é o caso do CAOP da Habitação e Urbanismo criado em 2012 através da Resolução nº 1.355 da PGJ.

As demandas envolvendo o assunto crescem a cada dia e acompanham o boom imobiliário vivenciado no Brasil nos últimos anos. Este crescimento imobiliário não se resumiu apenas às grandes cidades, mas atingiu a maioria dos municípios indistintamente.

Atrelado a este notório crescimento surgem os problemas relacionados a comercialização dos imóveis, que muitas vezes são repassados aos consumidores desacompanhados das estruturas necessárias e obrigatórias e até mesmo antes da realização do Registro do Parcelamento do Solo junto ao Registro de Imóveis, o que consiste em grande afronta aos direitos dos consumidores. Este detalhe em um primeiro momento pode se mostrar absurdo mas não raras as vezes em que lidamos com o assunto na prática profissional, podendo afirmar, com certeza, que em municípios de pequeno e médio porte a população ainda carece de esclarecimentos neste sentido e arriscam entregando suas economias na compra de um imóvel recém loteado sem ao menos tomar o cuidado de saber se este esta devidamente registrado junto ao Cartório competente.

Com o aumento demasiado da oferta de imóveis, o Ministério Público viu aumentar seu ônus fiscalizador no que tange a garantir o direito ao desenvolvimento urbano sustentável e de qualidade, preservando-se, assim, o meio ambiente dos Municípios e os direitos individuais e sociais de seus habitantes, além dos próprios consumidores adquirentes dos imóveis ofertados

em época de expansão das áreas urbanas brasileiras.

Como fazer isso diante da grande demanda que enfrentamos diariamente?

Acreditamos que através da integração do Ministério Público com outros entes do Poder Público, como Executivo, Legislativo, Cartório de Registro de Imóveis, tem-se garantido um controle prévio ao registro do loteamento.

2. Mecanismos de Atuação

2.1 Inquérito Civil

O inquérito civil como procedimento investigatório que é, possibilita ao promotor de justiça que o preside reunir um conjunto de informações e ao final chegar a uma conclusão sobre a matéria investigada. É através dele, também, que o promotor de justiça chegará a conclusão de qual será o melhor remédio para solução do problema, bem como se este será passível de uma solução extrajudicial ou não.

No que pertine ao assunto, é através do inquérito civil que diversos dos problemas poderão ser resolvidos e na maioria dos casos de forma extrajudicial, já que grande parte dos assuntos demandados na área urbanística permitirão esta solução, diferentemente de outras áreas de atuação.

2.2 Recomendação Administrativa

Este é um instrumento de grande valia, pois através das Recomendações os promotores de justiça conseguem levar a público as condutas a serem adotadas, tornando possível o seu cumprimento espontâneo, evitando outras irregularidades e ilegalidades, bem como a mitigação de problemas anteriormente existentes.

No que tange ao assunto em pauta, foi através deste mecanismo que o Ministério Público de Palotina vem alcançando resultados positivos na estruturação dos novos loteamentos, evitando que problemas do passado continuassem a se repetir por inércia e até negligência de outros órgãos e serviços públicos.

Através deste mecanismo os holofotes foram voltados para a problemática do parcelamento do solo frente a grande expansão urbana municipal.

Parece pouco, mas este mecanismo tem eficácia solucionadora de conflitos em grande parte dos problemas enfrentados, sendo instrumento de garantia da tutela dos direitos individuais e sociais dos cidadãos.

2.3 Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta

Pode ser referendado como o instrumento mais importante da atuação extrajudicial. É através dele que o Ministério Público na sua mais vasta área de atuação pode garantir a implementação de políticas públicas em respeito aos direitos sociais e fundamentais dos cidadãos.

É uma arma que o Ministério Público tem, enquanto defensor da sociedade, para solucionar de maneira mais célere os problemas enfrentados e com força de Título Executivo Extrajudicial.

Quando se trata de parcelamento do solo urbano normalmente são tomados compromissos de entes do Poder Executivo e das loteadoras através de seus representantes. Com este instrumento, o Ministério Público traz de volta a tranquilidade a sociedade e garante a

qualidade de vida através do correto desenvolvimento urbano.

2.4 Audiências Públicas

As audiências públicas têm em alta na atuação ministerial paranaense e consiste em um dos modos de atuação extrajudicial do Ministério Público.

É a reunião na qual a sociedade e as pessoas que sejam interessadas possam debater a respeito de determinado assunto que seja de interesse da sociedade, colhendo opiniões e sugestões, cabendo ao Ministério Público utilizar o que foi discutido para apurar qual procedimento a ser efetuado. Através dela o Ministério Público sai dos Gabinetes e se aproxima da comunidade perante a qual atua e através dela também leva ao cidadão o conhecimento da atuação ministerial e da importância da participação social na solução dos problemas.

Outra forma de utilizar este mecanismo é para colher subsídios para a instrução de procedimentos ou inquéritos civis públicos. O promotor de justiça convoca uma audiência pública para que todas as partes interessadas, assim como representantes da sociedade civil, exponham suas posições sobre um determinado assunto.

Em certos casos, ao seu final, a audiência pública pode acabar em solução do caso, em que as partes podem firmar um acordo (Termo de Ajustamento de Conduta) com o MPE.

Note-se que o próprio artigo 27 da lei 8.625 que é a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público dispõe em seu inciso IV que cabe a ele:

“...promover audiências públicas e emitir relatórios, anual ou especiais...”

Sobre o tema, podemos citar a lição de Hugo Nigro Mazzilli:

“as audiências públicas competidas ao Ministério Público, considerada a sua relevância para o desempenho da missão institucional do Parquet. Observa que se trata de um mecanismo novo na legislação orgânica da Instituição, importado de outros países onde servia para que os cidadãos participassem da gestão da coisa pública, envolvendo-os no próprio processo de decisão do Governo, revestindo, assim, a decisão, de maior publicidade e legitimidade”.

Através desta forma de contato do Ministério Público com a sociedade, esta poderá ser informada, no caso do assunto tratado, sobre seus direitos, desde como proceder na compra dos imóveis tão ofertados como saber das responsabilidades do loteador em relação a infraestrutura que deve proceder nos loteamentos, entre outras.

Enfim, trata-se de mecanismo que traz credibilidade ao Ministério Público frente a sociedade.

2.5 Interação com os Poderes Executivo e Legislativo

Quando se trata de loteamentos/parcelamento do solo urbano é de suma importância que haja interação do agente ministerial com os demais órgãos públicos, como representantes do Poder Executivo e Legislativo para esclarecimentos no modo de atuação, a importância na conscientização da política pública de urbanização levando-se em conta não apenas no aspecto econômico, mas também no desenvolvimento sustentável, qualitativo da cidade como forma de garantir o bem estar de seus habitantes.

Claro que essa interação deve limitar-se aos esclarecimentos legais pertinentes e sobre a atuação que será firmada na área de parcelamento do solo, sempre respeitando a esfera do

Poder e sua discricionariedade.

Na prática esta interação pode ser muito produtiva e inclusive resultar na solução de problemas e prevenção da mitigação de outros, principalmente porque destes contatos interativos algumas das posições legais defendidas podem inspirar a criação de legislação municipal específica para regulamentar os assuntos tratados, e quem ganha é a sociedade.

2.6 Ação Civil Pública

Este mecanismo, juntamente com a Constituição Federal de 1988, servem de marcos históricos para o Ministério Público no exercício de suas atribuições.

Instituída no ordenamento jurídico nacional através da Lei nº 7.347/85, alcançou seu status de garantia constitucional fundamental pela Carta magna de 1988, ao ser prevista no artigo 129, inciso III.

Através desta ação podemos alcançar cominações das mais variadas ordens em face de loteadores, ente públicos, especialmente na omissão dos deveres relacionados ao parcelamento do solo urbano, que vão desde, atos de improbidade, como obrigações de fazer e não fazer.

Em que pese a importância e o peso da Ação Civil Pública, a solução dos conflitos se torna mais rápida quando utilizados os demais mecanismos já mencionados, sendo esta, a última solução para a resolução dos conflitos. Sempre que ocorre a judicialização, a resposta ao caso será mais demorada e a aplicabilidade da sentença proferida muitas vezes ainda está sujeita a execução, atrasando ainda mais a solução de questões que de outras formas poderiam ser resolvidas de maneira mais célere.

A morosidade no julgamento das demandas é um dos motivos pelo qual a propositura da ação na solução dos conflitos foi colocada em segundo plano, vindo após a tentativa dos mecanismos extrajudiciais.

Nem sempre a propositura de uma ação gera sensação de dever cumprido ao promotor de justiça, ao contrário gera a ansiedade até o final julgamento que nem sempre lhe é favorável. Especialmente porque em Compromissos de Ajustamento de Condutas as cláusulas podem ser mais abrangentes do que a decisão judicial.

No entanto, quando buscamos a solução pela via da ação é porque todos os outros mecanismos falharam.

Em relação ao parcelamento do solo urbano, a tramitação de uma ACP pode levar anos, especialmente em Comarcas de alta demanda processual, razão pela qual defendemos deva este mecanismo, em que pese sua importância, ser utilizada somente quando não há outra forma de solução para o conflito apresentado.

2.7 Ação Penal Pública

Não podia ser esquecida a arma que deu origem a atuação do Ministério Público.

A ação penal pública quase sempre será proposta quando na solução de conflitos na área do parcelamento do solo, funciona quase que concomitantemente.

Repassamos, resumidamente, as hipóteses que se constituem em crimes afetos ao parcelamento do solo e praticados contra a Administração Pública, descritos na Lei n. 6.766/79:

a) dar início ou efetuar, de qualquer modo, loteamento ou desmembramento urbano,

sem autorização da autoridade competente (art. 50, inc. I, primeira parte. Pena: reclusão de 1 a 4 anos e multa de cinco a cinquenta vezes o maior salário mínimo do País);

Esse crime ocorre caso seja iniciado qualquer ato de execução do parcelamento, como desmatamento, terraplanagem, demarcação de ruas, dos espaços livres, dos lotes, das quadras, etc., sem a licença da autoridade competente, via de regra, expedida pelo Município.

b) dar início ou efetuar loteamento ou desmembramento, para fins urbanos, com autorização do órgão público competente, mas em desacordo com as normas da Lei Federal n. 6.766/79 (art. 50, inc. I, segunda parte. Pena: reclusão de 1 a 4 anos, e multa de cinco a cinquenta vezes o maior salário mínimo do País);

Esta hipótese diferencia-se da anterior em vista da existência de autorização do órgão público competente, cujos atos executórios estejam em desconformidade ao teor da autorização, ao arrepio do disposto na Lei n. 6.766/79. Deste modo, ainda que em conformidade com norma municipal, haverá a conduta delituosa caso descumprida a Lei Federal do Parcelamento do Solo, salvo se mais restritiva for a exigência urbanística. É fundamental que o parcelamento ocorra para fins urbanos.

c) dar início ou efetuar loteamento ou desmembramento, para fins urbanos, com autorização do órgão público competente, mas em desacordo com as normas pertinentes do Distrito Federal, dos Estados e Municípios (art. 50, inc. I, parte final. Pena: reclusão de 1 a 4 ano e multa de cinco a cinquenta vezes o maior salário mínimo do País);

A Constituição Federal, em seu art. 24, atribuiu à União, aos Estados, ao Distrito Federal a competência para legislar, de forma concorrente, sobre direito urbanístico. Já o art. 30, incs. I e II, estendeu essa atribuição também aos Municípios. Desse modo, conforme tais dispositivos, compete ao Município, em relação à União e aos Estados, e aos Estados, em relação à União, a tarefa de suplementar (compreenda-se complementar, e não contrariar) a legislação existente.

Assim, o crime será consumado pela prática de atos executórios de parcelamento do solo para fins urbanos, ainda que existente a autorização pelo órgão competente, mas em desacordo com as demais normas municipais ou estaduais aplicáveis à espécie que complementam, nas esferas Estadual ou Municipal, a Lei do Parcelamento do Solo (ex.: descumprimento de norma que estabeleça maior restrição de recuo ou metragem mínima de lotes por força de lei municipal ou estadual).

d) dar início, de qualquer modo, ou efetuar parcelamento do solo urbano sem observância das determinações constantes do ato administrativo de licença (art. 50, inc. II. Pena: reclusão de 1 a 4 anos e multa de cinco a cinqüenta vezes o maior salário mínimo do País);

O tipo penal estará configurado no caso de descumprimento, pelo parcelador, ao teor do ato administrativo da licença expedida ao empreendimento. Deste modo, o tipo penal poderá estar configurado na hipótese de o ato contrariar leis formais e também os atos administrativos regulares expedidos pelos respectivos níveis de governo e órgãos competentes.

e) fazer ou veicular proposta, contrato, prospecto ou comunicação ao público ou a interessados, afirmação falsa sobre a legalidade de parcelamento do solo para fins urbanos (art. 50, inc. III, primeira parte. Pena: reclusão de 1 a 4 anos e multa de cinco a cinquenta vezes o maior salário mínimo do país)

Trata-se de um caso específico de crime de falso previsto na Lei do Parcelamento do Solo, o qual atenta diretamente contra o interesse público, no tocante à situação de regularidade de parcelamento do solo para fins urbanos, e não apenas a fé pública, induzindo também em erro o terceiro interessado na aquisição de lote. Há necessidade de comprovar-se a respectiva falsidade, inadmitindo-se a sua presunção para a configuração do crime.

f) ocultar fraudulentamente fato relativo a parcelamento do solo urbano para fins urbanos (art. 50, inc. III, segunda parte. Pena de reclusão de 1 a 4 anos e multa de cinco a cinquenta vezes o maior salário mínimo do País);

Trata-se de crime de perigo, não importando o resultado danoso, consumando-se mediante a ocultação intencional de fato impeditivo ou limitador à aprovação do parcelamento, tais como: a existência de córrego, nascente, declividade de morro, condições sanitárias insuportáveis e de risco, linhas de alta tensão, ou situação de irregularidade, ou clandestinidade do parcelamento.

Hipóteses de qualificação do delito do art. 50:

O parágrafo único do art. 50 prevê as qualificadoras do delito, identificados com hipóteses de parcelamentos de solo clandestinos, elevando a pena do crime, em tais hipóteses, de um a cinco anos de reclusão:

“Parágrafo Único. O crime definido neste artigo é qualificado se cometido:

I - por meio de venda, promessa de venda, reserva de lote ou quaisquer outros instrumentos que manifestem a intenção de vender lote em loteamento ou desmembramento não registrado no Registro de Imóveis competente;

II - com inexistência de título legítimo de propriedade do imóvel loteado ou desmembrado, ressalvado o disposto no art. 18, §§ 4º e 5º desta Lei, ou com omissão fraudulenta de fato a ele relativo, se o fato não constituir crime mais grave.

Pena: reclusão de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa de dez a cem vezes o maior salário mínimo vigente no País.”

Obs.: A mesma pena será aplicada ao mandatário de loteamentos, direto ou gerente de sociedade (art. 52).

Há ainda a responsabilidade criminal do Oficial do Registro de Imóveis.

O art. 52 da Lei Federal n. 6.766/79 prevê ainda a responsabilidade do oficial de registro de imóveis, com pena de detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, e multa de cinco a cinquenta vezes o maior salário mínimo, para a hipótese de ocorrência de registro de loteamento, ou desmembramento, não aprovado pelos órgãos competentes, ou registro de compromisso de compra e venda, cessão ou promessa de cessão de direitos, ou ainda o registro de contrato de venda de loteamento ou desmembramento não registrado.

Importante frisar que é na atuação prévia ao registro que as ações penais públicas são propostas. Assim, o atuar do Ministério Público neste momento é fundamental.

Em caso de ação penal por crime de parcelamento ilegal do solo, a concessão da

suspensão condicional do processo ou da pena deve estar condicionada à reparação do dano, devendo a forma como esta se dará ser especificada. Consistindo, também em mecanismo utilizado para rapidamente alcançar a regularização do loteamento e reparação dos danos advindos da conduta do denunciado.

3. Experiência na Comarca

Após a expedição da Recomendação Administrativa nº 02/2012, o Cartório de Registro de Imóveis já encaminhou à análise do Ministério Público 06 situações que convertidos em notícias de fato, tiveram sua análise prontamente realizada, inclusive com auxílio direito do Centro de Apoio Operacional de Habitação e Urbanismo.

Destas Notícias de Fato, a maioria foram arquivadas vez que nenhuma irregularidade foi encontrada especialmente no que tange aos questionamentos envolvendo sobreposição da reserva legal pela área verde do loteamento.

No entanto, situações irregulares também foram constatadas e geraram a instauração de inquéritos civis, especialmente no que tange a permuta das áreas comuns (verde e institucional), bem como a colocação destas fora da área a ser loteada. Situações como esta foram resolvidas através da integração necessária com outros órgãos e realizando Termos de Ajustamento de Conduta, sempre no afã de preservar o direito dos consumidores.

Outro problema sério a ser enfrentado foi cobrar do Município acerca da postura adota na cobrança da realização da malha asfáltica em áreas loteadas ou a serem loteadas (por loteadores de médio e grande porte) e em cujas áreas houve pavimentação asfáltica realizada parcialmente por obras financiadas pelo PAC 2, uma vez que a legislação municipal local coloca o loteador como responsável pelo asfalto no loteamento.

Na solução de um dos conflitos envolvendo esta problemática foi realizado TAC (Termo de Ajustamento e Compromisso de Conduta), o qual foi assinado pelos representantes legais da loteadora, Município e Ministério Público, prevendo a compensação da malha asfáltica realizada com a verba pública (pelo PAC 2) em outras ruas escolhidas pelo Município e que não seriam contempladas.

Na prática também foram ajuizadas várias denúncias por infração ao artigo 50 § único da Lei nº 6.766/79, uma vez que os casos vinham do registro de imóveis dando conta de permuta de áreas comuns, e no atuar para solucionar o problema, descobria-se que os lotes na sua totalidade ou quase já haviam sido comercializados de maneira ilegal e criminoso.

4. Conclusão

Nem sempre, no entanto, o parcelamento ilegal do solo urbano chega ao conhecimento do Ministério Público em seu estágio inicial. Ao contrário, muitas vezes a situação já está consolidada, seja pela demora na comunicação do fato, seja pela rapidez com que se dá a ocupação. Infelizmente, nesse caso, não será possível evitar a ocorrência de danos, restando ao Promotor de Justiça buscar sua reparação.

Por conta disso, a atuação ministerial na fase que precede ao registro imobiliário do parcelamento do solo urbano se mostra essencial, vez que, a solução aos conflitos quase sempre é alcançada sem judicialização, consistindo numa forma preventiva e rápida de atuação, ganhando a sociedade local que tem em seu favor a urbanização organizada e

modelo do local em que vivem, garantindo qualidade de vida para as gerações presentes e futuras.

5. Referências Bibliográficas

MAZZILLI, Hugo Nigro. *O inquérito Civil: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas*. Editora Saraiva, ano 2000.

Disponível em:

<http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/cao_urbanismo_e_meio_ambiente/biblioteca_virtual/bv_artigos/bv_art_urbanismo/O_PAPEL_DO_MP_NO_PARCELAMENTO_DO_SOLO_URBANO>. Acessado em: 25 ago. 2013.

Estatuto da Cidade – fonte http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257

Disponível em: <<http://www.prsp.mpf.mp.br/sala-de-imprensa/nucleo-de-eventos/audiencia-publica>>. Acessado em: 25 ago. 2013.

Disponível em:

<http://www.urbanismo.caop.mp.pr.gov.br/arquivos/File/guia_parcelamento_web.pdf>. Acessado em: 25 ago. 2013.

6. Anexo – Modelos já utilizados pela Promotoria de Justiça

RECOMENDAÇÃO ADMINISTRATIVA Nº ***

O **MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DO PARANÁ**, através dos Promotores de Justiça que esta subscrevem, com atribuições na Defesa dos Direitos do Consumidor, Meio Ambiente e Patrimônio Público, no uso das funções e atribuições que lhes são conferidas pelos artigos 127 “caput” e 129, inciso II da Constituição Federal; artigo 27, parágrafo único, inciso IV, da Lei Federal nº 8.625, de 12 de Fevereiro de 1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público); artigo 68, XIII, item 18, da Lei n.º 85/99 (Lei Complementar Estadual do Ministério Público) e art. 8º, § 5º, da Lei Complementar Federal n.º 75, de 20 de maio de 1993 (Estatuto do Ministério Público da União) c/c o art. 80 da Lei n.º 8.625/93;

(...)

CONSIDERANDO que ao Ministério Público compete zelar pela defesa do patrimônio público e social, nos termos do artigo 129, inciso II, da Constituição Federal, e tendo em vista que, dentro desta relevante atribuição ministerial, deve fiscalizar o exato cumprimento da lei pelo Poder Público Municipal de Palotina, que deve obediência à Constituição Federal, Constituição Estadual e a Lei Federal nº. 6.766/79 (que disciplina o parcelamento do solo urbano para todas as pessoas jurídicas de Direito público interno – União, Estados, Distrito Federal e Municípios);

CONSIDERANDO que no Procedimento Preparatório nº MPPR-*** foi constatado que diversos loteamentos desta cidade de ***/PR foram dispensados de destinarem ao Município a área institucional, social e verde, e em alguns casos ocorreu permuta de áreas, sendo que a área institucional, social e verde se encontram em loteamentos diversos dos originais, inclusive a uma distância considerável e em áreas não vantajosas ao Município;

CONSIDERANDO que para evitar que se repitam novas situações como as acima

relatadas, instaurou-se o Procedimento Preparatório nº MPPR-***;

CONSIDERANDO que a Lei 6.799/79 estabelece, entre outras disposições, que o empreendedor, ao criar um loteamento Urbano, deverá destinar áreas para instalação de equipamentos comunitários (art. 4º, *caput*), que são aqueles destinados às áreas de saúde, educação, cultura e lazer (art. 4º, §2º);

CONSIDERANDO que essas áreas, denominadas áreas de uso institucional, são definidas por lei para a consecução de fins comunitários (espaços livres e áreas verdes) e passam a integrar o domínio público da Municipalidade, constituindo-se, nos termos do arts. 17 e 22 da Lei 6.766/79, bens de uso comum do povo;

CONSIDERANDO que as áreas definidas em projetos de loteamento como áreas verdes e institucionais não poderão ter sua destinação, fim e objetivos originalmente estabelecidos posteriormente alterados, conforme dispõe o artigo 17 da referida Lei, salvo nas hipóteses legais previstas (caducidade da licença ou desistência do loteador, devendo ser observado aqui o previsto no art. 28 da citada lei);

CONSIDERANDO que não pode o Poder Público aprovar loteamento sem a prévia reserva de toda a área institucional, já que o objetivo desta norma é destinada à edificação de equipamentos comunitários, consoante o dispõe a Lei nº. 6.766/79, possuindo o Município apenas uma mera discricionariedade em definir a destinação dessas áreas de acordo com os anseios da sociedade (edificação de parque, escola, creche, praça, etc.), sem que possa suprimir ou reduzir a área destinada a tal fim;

CONSIDERANDO assim que, salvo nas hipóteses acima previstas, não pode o Poder Público, ao receber essas áreas institucionais, doá-las, desafetá-las, ou de qualquer forma torná-las bens dominicais de livre disponibilidade pelo Município, exatamente porque este não recebeu um presente do particular/loteador, já que os imóveis estão jungidos a uma finalidade devidamente estabelecida pela lei e pelo projeto arquitetônico, devendo ser, portanto, obrigatoriamente destinada à edificação de equipamentos comunitários, consoante o dispõe a Lei nº 6.766/79, possuindo o Município apenas uma mera discricionariedade em definir a destinação dessas áreas de acordo com os anseios da sociedade (edificação de parque, escola, creche, etc.), sem, porém, mitigar a finalidade a que a área se destina;

CONSIDERANDO que o art.50 da Lei Federal 6.799/79 pune criminalmente quem efetuar ou autorizar loteamento em desacordo com as disposições da citada lei, elencando tal conduta como crime contra a administração pública;

CONSIDERANDO que é incumbência do Poder Público Municipal autorizar um loteamento dotado de infra-estrutura necessária à existência digna do cidadão, sendo ato eivado com desvio de poder desafetar bens repassados ao município em prol da edificação de áreas comunitárias destinadas à satisfação dos interesses única e exclusivamente de uma classe de pessoas, ou de particular;

CONSIDERANDO que a desafetação de imóveis de natureza institucional especificamente destinados aos equipamentos comunitários, para realizar fim diverso daquele estabelecido pela Lei nº. 6.766/79, além de consubstanciar inegável desvio de poder, desgarrá o fim legal predefinido e macula a Constituição Federal de 1988;

CONSIDERANDO que o Legislativo Municipal, no exercício de sua competência complementar estabelecida pelo artigo 30, inciso II da Constituição Federal, limita-se a adequar as peculiaridades locais às diretrizes essenciais delimitadas pela lei nacional (a quem compete editar normas gerais de direito urbanístico – art. 24, I da CF);

CONSIDERANDO que, nesta esteira, atribui-se ao Administrador Público local (Prefeito Municipal) e ao Legislador Municipal (vereador), cada qual no exercício de sua competência que lhes foram outorgadas pela Constituição Federal, executar suas correspondentes atividades públicas tendo por escopo atingir o fim visado pela norma, não desvirtuando a “ratio legis” do diploma legal, sob pena de incorrer no já mencionado desvio de poder;

CONSIDERANDO, assim, que a competência legislativa dos municípios é supletiva à competência da União e dos Estados, de modo que as leis municipais não podem contrariar nem a lei federal nem a estadual, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade formal;

CONSIDERANDO que o art.22 da Lei Federal nº. 6.766/79, estabelece que desde a data do registro do loteamento, passam a integrar o domínio do Município as vias e praças, os espaços livres e as áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos, constantes do projeto e do memorial descritivo, reforçando a necessidade de delimitação da área de uso institucional;

CONSIDERANDO que as áreas definidas em projeto de loteamento se transformam em bens de uso comum do povo quando surgem com a inscrição ou registro de um parcelamento do solo no ofício predial (art. 3º, Decreto-lei 58/37; art. 4º, Decreto-lei 271/67; art. 22, Lei 6.766/79);

CONSIDERANDO que para a doutrina de CARVALHO SANTOS (Código Civil Brasileiro Interpretado, vol. II, 11ª edição, pág. 103), PONTES DE MIRANDA (Tratado de Direito Privado, Parte Geral, vol. II, ed. Borsoi), PAULO AFFONSO LEME MACHADO (Direito Ambiental Brasileiro, Malheiros Editores, 4ª edição, pág. 254) e HELY LOPES MEIRELLES (Direito Administrativo Brasileiro, 20ª edição, Malheiros Editores, págs. 428/9), os bens de uso comum do povo pertencem ao domínio eminente do Estado (*lato sensu*), que submete todas as coisas de seu território à sua vontade, como uma das manifestações de Soberania interna, mas seu titular é o povo. Não constitui um direito de propriedade ou domínio patrimonial de que o Estado possa dispor, segundo as normas de direito civil. O Estado é gestor desses bens e, assim, tem o dever de sua vigilância, tutela e fiscalização para o uso público. Afirma-se que “o domínio eminente é um poder sujeito ao direito; não é um poder arbitrário” (HELY LOPES MEIRELLES, *op. cit.*, pág. 429);

CONSIDERANDO que a fruição desse bem destinado à área de uso institucional é coletiva, já que, “os usuários são anônimos, indeterminados, e os bens utilizados o são por todos os membros da coletividade - *uti universi* - razão pela qual ninguém tem direito ao uso exclusivo ou a privilégios na utilização do bem: o direito de cada indivíduo limita-se à igualdade com os demais na fruição do bem ou no suportar os ônus dele resultantes” (HELY L. MEIRELLES, *op. cit.*, pág. 435);

CONSIDERANDO que numa acepção de Direito Urbanístico, existem bens afetados a cumprir específicas funções sociais na cidade (habitação, trabalho, circulação e recreação), caracterizando-se como espaços não edificáveis de domínio público: “*Encontramos, assim, espaços não edificáveis em áreas de domínio privado, como imposição urbanística, e espaços não edificáveis de domínio público como elementos componentes da estrutura urbana, como são as vias de circulação, os quais se caracterizam como áreas ‘non aedificandi’, vias de comunicação e espaços livres, áreas verdes, áreas de lazer e recreação*” (JOSÉ AFONSO DA SILVA, Direito Urbanístico Brasileiro. Malheiros Editores, 2ª ed., pág. 242);

CONSIDERANDO, nessa esteira, que as vias urbanas visam à circulação de veículos,

pedestres e semoventes, as praças, jardins, parques e áreas verdes destinam-se à ornamentação urbana (fim paisagístico e estético) e têm função higiênica, de defesa e recuperação do meio ambiente; atendem à circulação, à recreação e ao lazer e que as chamadas áreas institucionais são afetadas para comportar equipamentos comunitários de educação, cultura, saúde, lazer e similares;

CONSIDERANDO que essas áreas são bens predispostos ao interesse coletivo e que desfrutam de especial proteção para que sua finalidade urbanística, não devendo ser desvirtuada por ação do Estado ou de terceiros (v.g. esbulho), pois qualificam-se pela inalienabilidade peculiar (art. 100 do Código Civil) e indisponibilidade e inalterabilidade de seu fim pelo parcelador (art. 17, Lei 6.766/79: espaços livres, vias e praças, áreas institucionais) e do próprio pelo Poder Público;

CONSIDERANDO que no tocante ao aspecto ambiental, mesmo que não tenham sido implantados os parques, jardins, áreas verdes e afins nessas áreas, *“nada altera para eles a proteção criada pela legislação dos loteamentos, na medida em que a tutela ecológica se faz não só em relação à situação fática presente, mas também visando a implantação futura dos melhoramentos ambientais”*, pois, caso contrário, *“estar-se-á em franca afronta à proteção do meio ambiente, no que ele tem de maior realce para a vida cotidiana das pessoas, isto é, o meio ambiente urbano, pondo por terra a garantia dos cidadãos, já tão frágil e incompleta, de viverem em condições mais favoráveis (ou menos desfavoráveis) de salubridade”* (Ap. Cível 167.320-1/3, 5ª Câmara Civil TJSP, Re. Des. Marco César, j. 07/05/92, v.u., in RT 684/79-80 ou RJTJESP-LEX 138/26);

CONSIDERANDO que, em não havendo o atendimento integral das disposições da presente recomendação, poderá o Ministério Público buscar a anulação judicial do ato que autorizou destinação não querida pela lei a essas áreas institucionais, mediante manejo de ação civil pública, sem prejuízo da promoção de ação cível pública visando apurar eventual responsabilização desses autorizadores;

CONSIDERANDO, particularmente em relação ao Oficial do Registro de Imóveis, a disposição constante do artigo 19, parágrafo 4º, da referida Lei Federal nº 6.766/79, a qual preconiza que *“a realização do registro em desacordo com as exigências da lei sujeitará o registrador à imposição de multa equivalente a dez vezes os emolumentos regimentais fixados para o registro, sem prejuízo das sanções penais e administrativas cabíveis”*, impondo-se portanto ao serventuário o dever de obediência às determinações do uso do solo urbano, notadamente objetivando a prevenção de situações irregulares, dentre tais a violação da regra concernente à indisponibilidade dos espaços institucionais;

RECOMENDA ADMINISTRATIVAMENTE este Órgão Ministerial ao Excelentíssimo Senhor Prefeito Municipal de ***, Senhor ***, ao Excelentíssimo Senhor Presidente da Câmara Municipal de ***, Senhor ***, e ao Oficial do Registro Imobiliário da Comarca de ***, Paraná, Senhor ***, respectivamente, bem como a quem venha lhes suceder ou substituir nos seus respectivos cargos:

I – Que, no limite de suas atribuições, **SE ABSTENHAM** de aprovar e registrar loteamentos que não tenham delimitado e reservado as áreas de uso institucional, social e verde ao Município de *** conforme disposto na Lei Federal 6.766/79 e Lei Complementar Municipal nº 88/2008;

II – Que, no limite de suas atribuições, **SE ABSTENHAM** de autorizar a permuta ou a compensação de áreas de uso institucional, social e verde dos loteamentos implantados nesta

cidade de *** em locais outros que não nos limites e confrontações do próprio loteamento implantado, principalmente quando serão permutados/compensados em áreas distantes do loteamento original, cujas áreas são inadequadas aos fins desejados pela Lei Federal 6.766/79, sob pena da adoção das medidas extrajudiciais e judiciais cabíveis pelo Ministério Público;

III – Que, no limite de suas atribuições, **SE ABSTENHAM** de autorizar a edificação, implantação ou alteração nas áreas de uso institucional, social e verde do Município, submetidas à aplicação da Lei Federal nº 6.766/79 e demais normas correlacionadas, para fim diverso daquele pré-estabelecido, alterando assim a finalidade a que efetivamente se destinam essas áreas, sob pena de imediata adoção das medidas extrajudiciais e judiciais cabíveis de parte do Ministério Público, órgão que deve estar empenhado no combate a toda espécie de ilegalidade no âmbito da Administração Pública, para bem cumprir seus elevados misteres constitucionais, sob pena da adoção das medidas extrajudiciais e judiciais cabíveis pelo Ministério Público;

IV – Que, no limite de suas atribuições, em porventura já tendo sido dada destinação diversa à estabelecida pela lei nas áreas de uso institucional, sejam eventuais expedientes sobrestados e imediatamente desfeitos, a fim de que seja mantida à destinação querida pela lei a essas áreas, **PROVIDENCIANDO** os meios necessários a fim de cumprirem a presente recomendação - sob pena da adoção das medidas extrajudiciais e judiciais cabíveis pelo Ministério Público, órgão que deve estar empenhado no combate *repressivo* da ilegalidade no âmbito da Administração Pública;

V – REQUISITA-SE que as autoridades destinatárias da presente recomendação, nos limites de suas atribuições, **PROVIDENCIEM** empréstimo de publicidade e divulgação adequada e imediata dos seus termos em local visível;

VI – REQUISITA-SE que as autoridades destinatárias da presente recomendação, nos limites de suas atribuições, encaminhem resposta por escrito aos representantes do Ministério Público local, no prazo máximo de 10 (dez) dias, informando sobre o acolhimento ou não da presente recomendação, sob pena de adoção das providências extrajudiciais e judiciais aplicáveis à espécie.

(cidade), (data).

Promotor de Justiça

TERMO DE COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

Aos dias 07 do mês de agosto de 2013, nesta cidade e comarca de ***, Estado do Paraná, de um lado, na qualidade de compromitentes, a Promotoria de Justiça de Habitação e Urbanismo e Defesa do Consumidor da Comarca de Palotina, ora representada pela ***, Promotora de Justiça, e de outro lado, o senhor *** (**1º Compromitente**), brasileiro, casado, arquiteto e empresário, portador do RG nº ***, inscrito no CPF sob nº ***, nascido em data de ***, filho de ***, residente e domiciliado na Rua ***/PR; na qualidade de proprietário dos imóveis de matrículas *** registrados junto ao Ofício de Registro de Imóveis desta Comarca; e o **MUNICÍPIO DE *** (3º Compromitente)**, pessoa jurídica de direito público, inscrita no CNPJ/MF sob nº ***, com sede na Rua ***/PR, neste ato representado pelo Prefeito Municipal, senhor ***, nos autos do **Inquérito Civil nº. MPPR-*****, que trata do parcelamento do solo

urbano:

CONSIDERANDO a função sócio-ambiental da propriedade prevista nos artigos 5º, inciso XXIII, 170, inciso VI, 182, § 2º, 186, inciso II e 225, da Constituição Federal, e os princípios jurídicos da prevenção, da precaução e do poluidor pagador;

CONSIDERANDO competir aos Municípios promover o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano (artigo 30, VIII, da Constituição Federal);

CONSIDERANDO que as diretrizes, princípios e os instrumentos jurídicos, políticos e técnicos estabelecidos pelo Estatuto das Cidades – Lei nº 10.257/2001, fixa normas de ordem pública e interesse social reguladoras do uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental, e demais normas vigentes aplicáveis à disciplina da ocupação e do uso do espaço urbano;

CONSIDERANDO que as políticas municipais de desenvolvimento urbano devem seguir as diretrizes de ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar a edificação, o parcelamento ou o uso excessivo ou inadequado em relação à infra-estrutura;

CONSIDERANDO o poder-dever de fiscalização do Poder Executivo Municipal sobre os loteamentos urbanos quando da execução das obras e serviços de infra-estrutura;

CONSIDERANDO que o parcelamento do solo urbano, objeto das matrículas nº *** (chácaras nº ***) do Ofício de Registro de Imóveis desta Comarca, denominado Loteamento ***, já se encontra devidamente registrado no RI;

CONSIDERANDO a constatação de irregularidades na execução das obras de infra-estrutura do parcelamento do solo urbano, em área de responsabilidade do Compromitente, objeto das matrículas nº *** (chácaras nº ***) do Ofício de Registro de Imóveis desta Comarca;

CONSIDERANDO que as obras do PAC 2 deveriam ser executadas em locais onde o loteador à época não realizou todas as obras de infraestrutura, em especial, ausência de pavimentação asfáltica;

CONSIDERANDO que o 1º e 2º Compromitentes assumem a responsabilidade de compensar as obras de asfalto realizadas com recursos provenientes do PAC 2 em loteamento de sua responsabilidade;

CONSIDERANDO a possibilidade e a necessidade de fixação de obrigações, com respectivos prazos, para solucionar as irregularidades detectadas em razão da implantação do parcelamento de solo para fins urbanos sem observação das Leis de Parcelamento do Solo Municipal e Federal;

CONSIDERANDO que o Ministério Público é uma instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis;

CONSIDERANDO consistir função institucional do Ministério Público promover Inquérito Civil, promover ação civil pública e compromissos de ajustamento de conduta para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, bem como a proteção da ordem urbanística e função social das cidades;

CONSIDERANDO ser possível a solução do problema e regularização do loteamento através de Compromisso de Ajustamento de conduta, resolvem as partes firmarem o presente **TERMO DE COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA**, com fulcro no disposto no parágrafo 6º do artigo 5º da Lei Federal nº 7.347/85, c/c art. 585, incisos II e VII, do Código

de Processo Civil, nos seguintes termos:

CLÁUSULA PRIMEIRA: o 1º e 2º Compromitentes se obrigam a compensar o asfalto executado à custa do PAC 2 na Avenida *** (***m² totalizando R\$ ***), vias que circundam o Loteamento objeto do presente termo, executando às suas custas o asfalto na Rua ***, trecho entre a *** e a quadra *** (***m² totalizando R\$ ***) e para compensar a diferença de valores deverá ser executado mais ***m² de asfalto na Rua ***, seguindo as demais especificações constantes dos documentos de fls. ***.

CLÁUSULA SEGUNDA: a exigência da cláusula anterior somente será considerada cumprida mediante apresentação de laudo vistoria devidamente aprovado pelo Município, onde ateste que foram cumpridas todas as especificações, especialmente no que tange ao material utilizado para a pavimentação asfáltica que deverá ser de qualidade garantindo a durabilidade da obra.

CLÁUSULA TERCEIRA: o Município de *** (3º Compromitente) se compromete a realizar todas as vistorias e laudos necessários ao bom andamento da execução das obras, não devendo incorrer em nenhuma omissão ou fraude, bem como apresentar as outras obras asfálticas a serem executadas as expensas do 1º Compromitente, conforme cláusula primeira.

CLÁUSULA QUARTA: O cumprimento das obrigações assumidas pelo presente compromisso não dispensa o 1º Compromitente de satisfazer quaisquer outras exigências previstas na legislação federal, estadual ou municipal.

CLÁUSULA QUINTA: O descumprimento injustificado de qualquer das obrigações assumidas nas cláusulas anteriores pelos Compromitentes, os sujeitará ao pagamento de multa diária no valor de R\$ *** (***), corrigida monetariamente pelo IGP-M e acrescida de juros legais, incidente a partir do término do prazo da obrigação assumida e descumprida pelos Compromitentes até seu efetivo cumprimento, bem como comunicação formal ao Coordenador Nacional do Programa de Aceleração do Crescimento - PAC 2 para adoção das medidas administrativas cabíveis em face dos Compromitentes.

Parágrafo Primeiro: O montante da penalidade aplicada deverá ser revertido para o Fundo Municipal de ***.

Parágrafo Segundo: Para a execução da multa acima referida será suficiente auto de constatação ou documento equivalente lavrado pelos órgãos competentes, bem como relatório de diligência realizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO.

Parágrafo Terceiro: Caso fique comprovado, ao término das obras de compensação asfáltica, que as obras foram executadas em desconformidade com o acordado neste Termo, será realizada a comunicação formal ao Coordenador Nacional do Programa de Aceleração do Crescimento - PAC 2.

CLÁUSULA SEXTA: Eventuais casos omissos deverão ser submetidos à apreciação do MINISTÉRIO PÚBLICO.

CLÁUSULA SÉTIMA: O presente compromisso de ajustamento possui eficácia de título executivo extrajudicial, na forma do artigo 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/85, e do artigo 585, VII, do Código de Processo Civil.

Estando os presentes ajustados quanto aos termos deste compromisso, segue assinado em três vias de igual teor e forma.

(cidade), (data).

Promotor de Justiça
Prefeito do Município de ***

1º Compromitente

[1](#) Promotora de Justiça no Estado do Paraná

[2](#) Assessora Jurídica no Ministério Público no Estado do Paraná

[3](#) Estagiário de Graduação no Ministério Público do Estado do Paraná

A Indispensável Implementação de Ações Integradas em Matéria Ambiental

Cristiane Aparecida Ramos¹

Alair Koenig²

Ítalo João Chiodelli³

1. Exposição da Problemática

O advento da Constituição Federal de 1988 traçou contornos paradigmáticos para a atuação do Poder Público em se tratando da inarredável função de tutelar o meio ambiente. Com este ímpeto marcadamente protecionista, a dita Constituição Cidadã trouxe em seu bojo normas de caráter eminentemente programáticas, atribuindo o dever-poder direcionado aos poderes públicos de bem manter o meio ambiente, sendo este compreendido como a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciam o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas⁴.

Dessa forma, no que pertine a tutela ambiental, a imperativa missão constitucional imposta de forma direta ao seu destinatário primário, o Estado, na consagrada compreensão dos ditames do chamado constitucionalismo dirigente⁵, ficou conhecida como a doutrina da proteção integral do meio ambiente, até mesmo porque *“o reconhecimento do direito a um meio ambiente sadio configura-se, na verdade, como extensão do direito à vida, quer sob o enfoque da própria existência física e saúde dos seres humanos, quer quanto ao aspecto da dignidade dessa existência – a qualidade de vida –, que faz com que valha a pena viver.”*⁶

Não se pode negar o caráter de fundamentalidade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como expressão do próprio direito à vida, o qual *“em seu sentido próprio e moderno, não só se mantém a proteção contra qualquer privação arbitrária da vida, mas além disso encontram-se os Estados no dever de buscar diretrizes destinadas a assegurar o acesso aos meios de sobrevivência a todos os indivíduos e todos os povos. Neste propósito, têm os Estados a obrigação de evitar riscos ambientais sérios à vida”*.⁷

Assim, tem-se que o destinatário primário do dever-poder que decorre do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é o Estado, compreendido em todos os seus desdobramentos organizacionais – mormente os poderes constituídos, dos quais emanam todas as decisões políticas originárias.

Ao se compreender o Poder Público, *lato sensu*, como o legítimo mantenedor do meio ambiente, há que se pensar a formação das políticas públicas nesta matéria como oriundas de um complexo processo dialético-institucional, aonde devem obrigatoriamente interagir todas as formas de expressão dos poderes constitucionalmente atribuídos aos personagens estatais, o que, em nosso ordenamento jurídico, ocorre através de instituições públicas constitucional e

legalmente constituídas – o que não afasta, por óbvio, a participação popular, vez que o Brasil se insere num sistema democrático-participativo.

Por conseguinte, é ilógico pensar, ao menos em nosso ordenamento jurídico, em um sistema de tutela ambiental composto por solitários entes estatais, haja vista que a complexidade do tema exige a participação efetiva e concreta de todos os organismos públicos, sob pena de subverter as intenções de nossa constituição dirigente, restando em prejuízo a formação das necessárias políticas públicas racionalmente traçadas.

É dentro desta sistemática plural de instituições no trato da matéria ambiental que deve se inserir a atuação do Ministério Público, eis que a sua institucionalização retrata, nada mais nada menos, do que a própria corporificação dos anseios sociais determinados pela Constituição Federal. Não é de hoje que os contornos institucionais do Ministério Público se afastaram da antiga atribuição de “procurador da Coroa”, como defensor dos interesses monárquicos, para o moldarem como o legítimo representante dos interesses da sociedade – lógica esta que seguiu o próprio surgimento e evolução do Estado Democrático de Direito.

É sabido que o Ministério Público herdou ímpar função constitucional, qual seja, a de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, sendo-lhe atribuído, para tal *mister*, caráter permanente e de independência com relação aos demais poderes constituídos.

Por conseguinte, não tardou o entendimento de que, sendo o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado um direito difuso, de caráter transindividual, cabe ao Ministério Público zelar pela sua concreta efetivação.

Sendo assim, há que se compreender que o Ministério Público está inserto nesta sistemática de tutela ambiental, considerando que se trata de uma instituição cujo mandamento constitucional que lhe incumbe é límpido no sentido de defender os interesses sociais e individuais indisponíveis.

E, como órgão público que é, tendo, para alguns⁸, natureza administrativa, deve este participar ativamente da formação das políticas públicas em matéria ambiental, dialogando diretamente com os demais poderes constituídos – seja o Legislativo, o Executivo ou o Judiciário. Estar inserto numa sistemática constitucional plural implica que sua opinião e compreensão acerca das soluções políticas no trato do meio ambiente deve ser ouvida e relevada quando da tomada de decisões.

Não é equívoco o entendimento de que cada membro do Ministério Público é um agente de transformação política e social, pois age com vistas às peremptórias prescrições de nossa Constituição dirigente, agindo não com discricção, mas com o compromisso institucional de promover os direitos e garantias fundamentais constitucionalmente assegurados – assim devendo ser compreendido o sentido de “defesa da ordem jurídica”, para além da insatisfatória afirmação de que o membro do Ministério Público é um *custos legis*, quando na verdade é um *custos iuris*, pois promove a justiça e não somente a lei.

E não são poucos os instrumentos utilizados pelos membros desta instituição no exercício de suas funções de concretizador de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, mesclando-se estes entre procedimentos de natureza administrativa/extrajudicial – como a recomendação administrativa, as audiências públicas e os inquéritos civis – e procedimentos de natureza judicial – como a ação civil pública, o mandado de segurança e a intervenção na ação popular. Dessa forma, há que se observar que o Ministério Público possui amplos poderes de atuação na matéria de proteção ambiental, seja na forma extrajudicial ou judicial.

No entanto, o que nos tem ensinado a prática cotidiana do exercício ministerial é a de que pouco adianta o membro do Ministério Público assumir uma posição passiva quando defronte com questões ambientais de ímpar interesse público. Tem-se observado que a atuação repressiva – quase sempre de caráter judicial! – não é adequada para a tutela do meio ambiente, como se bem extrai dos casos de danos ambientais ocasionados por atividades econômicas, cuja reversibilidade beira o impossível.

É de bom grado ressaltar que o membro do Ministério Público deve priorizar o trato das questões ambientais de forma preventiva – ainda mais quando se põe em destaque os valores encerrados no princípio da precaução ou prevenção, o qual prega o tratamento prioritário às medidas que evitem o nascimento de atentados ao meio ambiente, de modo a reduzir ou eliminar as causas de ações suscetíveis de alterar a sua qualidade⁹.

Portanto, se intenta esta instituição a defesa concreta do meio ambiente e de seus conseqüentes desdobramentos, deve-se, em primeiro lugar, compreender que a sua atuação deve respeitar a pluralidade de agentes também atribuídos da relevante missão constitucional de zelar pelo meio ambiente. Em conseqüência, se o Ministério Público realmente deseja participar ativamente e de forma preventiva nas questões concernentes ao meio ambiente, deve-se atentar ao planejamento institucional no sentido de efetivar ações integradas pautadas no diálogo institucional, seja no âmbito interno da própria instituição, seja no âmbito externo, quando o Ministério Público deve convergir seus interesses com os demais atores públicos.

Não há outro meio de se atuar de forma efetiva e com vistas à concretização dos anseios constitucionais senão de forma integrada. Se o dever é recíproco, as providências públicas devem ser obrigatoriamente integradas, considerando que a tomada de decisões não compete somente a um único poder/ente público – competência esta que erroneamente se atribui somente ao Poder Executivo e aos respectivos entes da Administração Pública indireta.

Porém, a realidade – quase sempre distante das prescrições teóricas!¹⁰ – tem nos ensinado que, na prática, não é isso que acontece. Ao invés de uma ação integrada entre entes políticos e administrativos, o que se vê é um caos decisório. De um lado, União, Estados e Municípios (expressados por seus poderes Executivo e Legislativo) criando políticas públicas de baixo comprometimento social, de outro, entes da Administração Pública indireta, Ministério Público e Poder Judiciário agindo em descompasso com aqueles órgãos – muitas vezes porque a própria política pública já nasce equivocada e irracional. Está aí a discussão que permeia o novo Código Florestal que não nos deixa mentir.

No momento em que mais deveriam atuar integradamente – quando da criação da política pública em matéria ambiental –, não o fazem, expondo as fragilidades de um sistema de cunho pluri-institucional que na prática se torna uma guerra de interesses desconexos.

Daí é que se decorrem os inevitáveis problemas: conflitos danosos à manutenção democrática das instituições; ingerências exercidas por órgãos de execução; interferência de um poder constituído sobre as atuações de outro – mormente do Judiciário no Executivo; abertura para corrupção pública, dadas as confusas instruções repassadas à sociedade que se vê empurrada ao descaso com a lei; etc. E o que, por óbvio, é mais preocupante é o abandono da missão constitucional de tutela do meio ambiente por parte de todos esses entes públicos, os quais acabam por desacreditar na possível solução dos problemas quando em face da complexidade da realidade político-ambiental.

No entanto, quando se fala na existência de um dever-poder dos Poderes Públicos em

satisfatoriamente lidar com a tutela eficaz do meio ambiente, é evidente que os atores públicos não podem se arrear deste ímpar mandamento constitucional, sob pena de transformar a excelente Constituição Federal da República Federativa do Brasil numa mera constituição semântica – instrumento de simples exercício de perpetuação dos poderes dos governantes em exercício, fato este que, não raras vezes, convoca à população ao protesto social e à desobediência civil.

Há luz no fim do túnel e é isso que se pretende demonstrar aqui, em breves linhas, tentando-se fazer compreender o conceito de ação integrada entre os múltiplos entes públicos e, ainda, a compreensão de ação integrada dentro do próprio Ministério Público – o legítimo defensor do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

2. Justificativa

Em sentido objetivo, o que se deve compreender por ação integrada é que se trata esta de um conjunto de deliberações substancialmente estruturadas, dialeticamente tecidas e concretamente efetivadas após a ativa participação de agentes públicos múltiplos.

Desta definição, no que concerne aos seus destinatários, já é possível extrair uma dupla dimensão subjetiva da ação integrada – uma que diz respeito a ação integrada entre agentes oriundos de entes públicos diversos e outra que trata da ação integrada realizada por agentes componentes de um mesmo órgão público. Para fins didáticos, classifica-se aquela em ação integrada mista e esta em ação integrada pura.

Evitando-se a prolixidade, falar-se-á aqui somente da ação integrada pura no âmbito interno do Ministério Público (compreendido como instituição una), ou seja, aquela que integra agentes do Ministério Público em geral.

Quando se afirma que é necessário realizar uma ação integrada pura dentro das deliberações e atuações do Ministério Público em matéria ambiental, quer-se dizer que deve haver um planejamento institucional apto a congregar os interesses unívocos da aludida instituição. Deve haver uma padronização de ações dentro do próprio Ministério Público.

Ora, se o Ministério Público é composto por uma infinidade de membros, seja no âmbito da União, seja no âmbito dos Estados-membros, todos imbuídos com a prerrogativa de independência funcional, como traçar uma política interna una e convergente sem que isso caracterize uma ofensa à aludida garantia ou uma invasão de competências constitucionais?

Simple: há que se criar instrumentos de diálogo internos entre os membros componentes desta nobre instituição. Se a atuação do Ministério Público deve ser eficaz, inafastável é a necessidade de se propor um diálogo institucional que congregue a opinião desses variados agentes de transformação político-sociais, sem que isso caracterize uma ofensa à prerrogativa de independência funcional que detém cada um de seus membros.

Não se vislumbra outra forma de traçar um contorno institucional uno, uma identidade unívoca ao Ministério Público sem que haja uma conformidade de atuação não contraditória por seus membros componentes. Afinal, como explicar para a sociedade que, no âmbito do Ministério Público estadual, um agente ministerial ofereça uma recomendação administrativa ao Município instruindo que se evite a criação de um consórcio para a gestão dos resíduos sólidos enquanto que, na Comarca vizinha, outro membro entre com uma ação civil pública cominando uma obrigação de fazer endereçada ao Município consistente em tomar parte no mesmo consórcio que o outro membro entendeu prejudicial à concretização da eficaz

manutenção do meio ambiente?! Seria bastante louvável que cada membro tivesse um espaço de diálogo institucional com os demais para conhecer da opinião alheia, o que, se tomadas esta de forma dialética e geral, poderá culminar na criação de uma opinião una, convergente.

Aqui, neste momento, ressalta-se a atuação do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Proteção ao Meio Ambiente. É através deste órgão do Ministério Público que se visualiza o incentivo ao diálogo institucional interno, à tomada de decisões conjuntas entre os membros componentes. Apesar de ser um órgão auxiliar, sua atuação deve se dar com vistas à uniformização dos anseios institucionais, unindo-se aos órgãos executivos para propiciar um ambiente de deliberações dialéticas.

Se não houver um consenso geral acerca do que intenta o Ministério Público com sua atuação funcional, colocando-se em confronto as opiniões dos órgãos de execução – o Procurador-Geral, o Conselho Superior, os Procuradores e os Promotores – é evidente que não se construirá uma identidade ao Ministério Público no trato da matéria ambiental. Neste caso obscuro de falta de coerência na persecução de seu *mister* constitucional, perde a sociedade que ficará despojada de uma atuação eficaz por parte da instituição com a qual mais se identifica.

Não há como criar uma política institucional de prevenção ao meio ambiente porque não há planejamento interno. O que existe é a atuação isolada de Promotores e Procuradores de Justiça – ao menos no âmbito estadual – que, apesar de suas nobres considerações acerca da matéria, não conseguem participar efetivamente das políticas públicas externas, vez que pouco conhecem o que pensa o Ministério Público como instituição.

Portanto, prega-se aqui a necessidade de diálogo interno entre os membros da instituição em questão, criando-se um espaço amplo e aberto para as deliberações acerca das atuações futuras do Ministério Público em matéria ambiental. Obviamente que não se afirma aqui que as aludidas deliberações tomadas pela totalidade dos membros se tornariam normas internas de vinculação funcional – o que seria uma ofensa à independência funcional que detém cada membro. O que se diz, em verdade, é que haveria mais *ratio* dentro da atividade exercida pela instituição se fosse estimulado esse espaço de conferência – Congressos, Seminários, Fóruns, Academia, etc –, cujas conclusões não vinculariam a atuação do membro, mas sim o orientariam sobre o pensamento majoritário do Ministério Público acerca das questões específicas que permeiam a discussão e os rumos da política ambiental. Eis a ação integrada pura.

Expostos os contornos que se pretendia acerca da necessidade de uma ação integrada interna do Ministério Público, passa-se agora a analisar a ação integrada mista, a qual abordaria a atuação do Ministério Público em conjunto com os demais entes públicos, cujas atribuições englobam a tutela ambiental.

Por ação integrada mista deve-se compreender, ao menos de acordo com as proposições desta tese, uma deliberação substancialmente estruturada, dialeticamente tecida e concretamente efetivada por agentes oriundos de entes públicos de origem diversa – no caso, entre os membros do Ministério Público e outros agentes públicos de instituição díspar.

Não se está aqui a fazer ilações desconexas com a realidade quando se propõe uma ação integrada mista em matéria ambiental entre um membro do Ministério Público e outro agente público, basta pensar naquela situação de um Promotor de Justiça que, com postura ativa, propõe um amplo diálogo com membros da Administração Pública direta municipal acerca das políticas públicas efetivadas para a gestão dos resíduos sólidos de um Município, expressando

sua opinião de forma clara e sendo esta devidamente ouvida.

E a proposta que aqui se expõe não aborda, nem de perto, a atuação judicial do membro do Ministério Público na concretização de efetivas medidas em favor do meio ambiente – como, por exemplo, as melhores formas de manutenção de uma área de preservação permanente ou o trato da mata ciliar –, pois esta pressupõe a intenção de constranger de forma peremptória (decisão judicial) a atuação do ente público alvo. Pelo contrário, o que se propõe aqui é um diálogo anterior à necessidade de tomada de medidas judiciais.

Se o membro do Ministério Público possui um amplo conhecimento do que pensa a instituição acerca de questões específicas atinentes à tutela do meio ambiente (propiciada pela efetivação de ações integradas puras), por óbvio que este terá mais segurança e disposição para participar ativamente das tomadas de decisões em matéria ambiental – mormente quando o ente com o qual se dialoga é o Poder Executivo ou Legislativo.

É sabido que a política pública, apesar da insistente e retrógrada afirmação de que o Poder Público age com discricionariedade na tomada de decisões acerca da formação e efetivação desta – o que é um contra-senso quando se está diante de uma constituição dirigente –, se tornou, nos dias atuais, um verdadeiro instrumento de garantia de efetivação de direitos fundamentais sociais sem comparativo no ordenamento jurídico brasileiro. Convenhamos: uma decisão judicial que determina que o Estado custeie a preservação de uma área de preservação ambiental não é mais efetiva do que o desenrolar de uma política pública, constitucionalmente pensada, instituída e concretizada através de múltiplos órgãos com um corpo técnico habilitado e conhecedor da matéria ambiental.

Sendo assim, o que se tem de mais efetivo na conformação do ordenamento jurídico brasileiro para a concretização do direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado é a possibilidade de desenvolvimento de políticas públicas; todo o aparato constitucional excedente é repressivo, não preventivo. Não há razão sem um *public management*¹¹ da tutela ambiental. Ou a missão constitucional de trato do meio ambiente se desenvolve através de políticas públicas universalmente arquitetadas ou se frustra a aludida prescrição, restando apenas a tomada de medidas paliativas.

Portanto, se o Ministério Público deseja concretizar a sua ímpar missão de zelar por essencial direito transindividual como é o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ele deve obrigatoriamente participar da formação de políticas públicas na área ambiental. E como se faz isso? Ora, participando ativa e preventivamente das ações integradas mistas, atuando-se em conjunto com os demais entes públicos.

Está-se a falar aqui que o membro do Ministério Público deve ser pessoa corriqueira nos debates travados no Palácio do Planalto, no Congresso Nacional, nas Assembleias Legislativas, nas Prefeituras e nas Câmaras Municipais, bem como nos órgãos da Administração Pública indireta, como o IBAMA, o IAP, etc. Ainda, tais agentes componentes destes entes públicos devem ser *persona grata* nos gabinetes dos membros do Ministério Público.

O que se incentiva aqui é o diálogo institucional para além das fronteiras políticas que assolam o ordenamento jurídico brasileiro. Não se intenta aqui incentivar o exercício da política partidária e da política pela simples política. Prega-se aqui a concretização do mandamento constitucional de tutela do meio ambiente do Poder Público, o que implica em uma necessária e inarredável ação integrada entre os diferentes órgãos atribuídos desta competência.

É evidente que o princípio da impessoalidade é corolário do diálogo que aqui se prega. O

Ministério Público, como órgão ouvinte da democracia que é, interessado apenas na manutenção do interesse público, dialogará com os demais entes públicos com vistas à proteção do meio ambiente. E nada mais.

Se a atribuição de zelar pelo meio ambiente também incumbe ao Ministério Público, é natural que ele participe da formação das políticas públicas na matéria ambiental. E como isso seria feito? Através de audiências públicas, reuniões, projetos, fiscalização de contratos públicos e licitações, discussões constantes – que inclui a participação da coletividade, sendo todas essas questões discutidas com transparência à população interessada, como bem prescreve o princípio da participação comunitária, vez que a coletividade também é destinatária da obrigação constitucional aqui discutida.

E não se trata aqui de meras discussões formais e protocolares. Afirma-se a necessidade de deliberações acerca das especificidades das políticas públicas tendentes a tutela do meio ambiente. Tome-se como exemplo as discussões que circundam uma Prefeitura e uma Câmara Municipal acerca da necessidade de deliberar sobre as formas de proteção da vegetação nativa da região ou a manutenção do patrimônio histórico municipal. Uma ação integrada mista pressuporia um debate dialético entre todos os órgãos públicos envolvidos com a política pública que se pretende implementar. Ouve-se a Prefeitura e suas autarquias, ouvem-se os vereadores, ouve-se o membro do Ministério Público, ouve-se a população interessada. Após, travam-se as discussões e, principalmente, as deliberações.

E nessa parte principal das deliberações o Ministério Público tem uma função fundamental: tornar as conclusões obtidas uma prescrição obrigatória, valendo-se dos instrumentos que a ordem jurídica lhe fornece caso haja inatividade.

Não há nada mais democrático em matéria de implementação de políticas públicas de tutela ambiental do que o sistema de ação integrada que aqui se propõe, seja no âmbito interno do próprio Ministério Público (o que deve ocorrer também dentro das demais instituições), seja no âmbito externo, nas interações interinstitucionais. O diálogo é o principal e necessário caminho para a construção de deliberações racionais, sendo o mais eficaz meio conciliatório entre entes públicos com semelhante atribuição constitucional de tutelar o meio ambiente.

3. Conclusão

Propõe-se com a presente tese, portanto, a necessidade de efetivação das ações integradas para a solução de problemas correntes na complexa área ambiental, dado o atual descompasso institucional que se observa no trato da matéria.

Alinhou-se o conceito de ação integrada, sendo esta compreendida como um conjunto de deliberações substancialmente estruturadas, dialeticamente tecidas e concretamente efetivadas após a ativa participação de agentes públicos múltiplos. Para fins meramente didáticos, estabeleceu-se a diferença entre ação integrada pura e ação integrada mista.

Sendo a ação integrada pura compreendida como o diálogo que deve haver no âmbito interno do Ministério Público com vistas à formação de uma deliberação convergente que orientará a atuação funcional de seus membros em matéria de meio ambiente, considera-se esta essencial para a padronização de uma opinião ministerial em nível global, sendo possível dela extrair uma identidade, uma forma de pensar comum aos seus respectivos membros, ao menos na temática que envolve a tutela do meio ambiente.

Ademais, com a implementação das ações integradas puras, será possível falar na

concretização de ações integradas mistas, as quais abrangeriam os diálogos e deliberações efetuados entre o Ministério Público e os demais agentes públicos com atribuições constitucionais de tutela do meio ambiente.

Tal instrumento de interação institucional foi proposto com o ímpeto único de tornar mais eficaz a criação e concretização de políticas públicas convergentes em prol do resguardo do direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, políticas estas que, com a participação democrática das mais variadas instituições – mormente com a atuação prospectiva do Ministério Público de forma homogênea – teria maiores probabilidades de obter êxito, chancelando como cumprida a missão constitucional de tutela do meio ambiente.

Acredita-se que, com a concretização prática da presente proposta, estar-se-ia colaborando de sobremaneira com o desenvolvimento democrático das instituições – com destaque à uniformização de atuação do Ministério Público –, as quais deliberariam conjuntamente sobre os destinos e perspectivas do meio ambiente em *terrae brasilis*.

4. Referências Bibliográficas

BERCLAZ, Márcio Soares; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; *Ministério Público em Ação* – Ed. Juspodvm – 2013;

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Direitos Humanos e Meio Ambiente – Paralelo dos Sistemas de Proteção Internacional*. Porto Alegre: Ed. Sérgio Fabris, 1993

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3.ed. (reimpressão). Coimbra: Almedina, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Atlas, 2013;

GARCIA, Emerson; *Ministério Público*; Lumen Juris – 2001, 2ª Ed;

MAZZILI, Hugo Nigro; *Regime Jurídico do Ministério Público*; Saraiva, 7 Ed – 2013;

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; *Curso de Direito Constitucional* – Ed. Saraiva, 8 Ed. – 2013;

MILARÉ, Édis; *Direito do Ambiente*; 3 Ed. – Editora RT – 2001;

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; *Curso de Direito Constitucional* – Ed. RT – 2012;

SILVA, José Afonso. *Direito Ambiental Constitucional*, cit., p.20

1 Promotora de Justiça da 2ª Promotoria de Justiça da Comarca de Palotina/PR;

2 Assessora da 2ª Promotoria de Justiça da Comarca de Palotina/PR;

3 Estagiário da 2ª Promotoria de Justiça da Comarca de Palotina/PR;

4 SILVA, José Afonso. *Direito Ambiental Constitucional*, cit., p.20

5 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3.ed. (reimpressão). Coimbra: Almedina, 1999.

6 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Direitos Humanos e Meio- Ambiente – Paralelo dos Sistemas de Proteção Internacional*. Porto Alegre: Ed. Sérgio Fabris, 1993

7 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Direitos Humanos e Meio- Ambiente – Paralelo dos Sistemas de Proteção Internacional*. Porto Alegre: Ed. Sérgio Fabris, 1993

8 MAZZILI, Hugo Nigro; *Regime Jurídico do Ministério Público*; Saraiva, 7 Ed – 2013;

9 MILARÉ, Édis; *Direito do Ambiente*; 3 Ed. – Editora RT – 2001;

10 Como bem asseverava o poeta Ruy Guerra: “Há distância entre intenção e gesto!”, *Fado Tropical* – Chico Buarque;

11 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Atlas, 2013;

Os Projetos Sociais como Missão Institucional Transformadora da Realidade Social e a Necessidade de Promover sua Unificação Normativa no Âmbito dos Ministérios Públicos Estaduais

*Edson José Guerra**

Introdução

Os propósitos da ordem política, social e econômica estabelecidos após a entrada em vigor da Constituição de 1988 fomentam nas estruturas de poder a formação de parcerias entre o Estado, a sociedade civil e o mercado em busca de melhorar a administração dos conflitos de interesse, a qualidade na prestação dos serviços públicos essenciais e promover a inclusão econômica e social das pessoas carentes, com o escopo de construir uma sociedade mais justa, digna e solidária.

A nova ordem constitucional formatada em princípios e valores democráticos, encarrega-se de flexibilizar a divisão entre o direito público e o direito privado, cria normas para regulamentar a livre iniciativa, constitucionaliza o Direito Civil e responsabiliza os Poderes, Ministério Público, órgãos oficiais, sociedade civil e as empresas privadas pela construção de um Estado Constitucional e Democrático de Direito pautado na defesa e promoção dos direitos humanos e na justiça material.

Cabe, portanto, dentro desse contexto normativo ao legislador constituinte atribuir ao Ministério Público o dever de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os direitos sociais e individuais indisponíveis, além de outros direitos fundamentais previstos em lei e tratados internacionais, compatíveis com suas finalidades institucionais.

Durante esses quase vinte e cinco anos de vigência da Constituição Cidadã, promotores, procuradores e servidores do Ministério Público lutam contra tudo e todos para manter suas prerrogativas institucionais e cumprir o dever de defender a democracia, combater a violência, impunidade, improbidade administrativa, zelar pela eficiência dos serviços públicos relevantes e promover a dignidade da pessoa humana.

Além de se aparelhar, formar grupos especiais de combate à criminalidade organizada, lavagem de dinheiro, corrupção e outras facções criminosas, o Ministério Público avança significativamente na promoção dos direitos difusos, sociais e individuais indisponíveis, criando promotorias especializadas para assegurar os direitos econômicos e sociais catalogados na Constituição e nas leis infraconstitucionais.

O Ministério Público trava vários embates jurídicos na defesa dos direitos a saúde, educação, patrimônio público, meio ambiente, patrimônio histórico e cultural, proteção a família, criança e adolescente, consumidor, proteção a mulher, idoso, combate ao preconceito e a discriminação, e se esforça para promover a inclusão econômico e social das minorias vulneráveis, transformando o inquérito civil, o termo de ajustamento de conduta e a ação civil

pública, como verdadeiros instrumentos jurídicos de transformação social.

Nós últimos anos, o Ministério Público motivado pela estrutura normativa político-institucional ousa, inova e cria as condições necessárias para interagir, articular-se e dialogar com os Poderes da República, as instituições governamentais e a sociedade cível, na perspectiva de fomentar a solução de demandas públicas e particulares, através da implementação de projetos sociais, voltados para a promoção e defesa dos direitos de cidadania.

Os projetos sociais, em curto período, retiram os Promotores e Promotoras de Justiça com atribuição na tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais indisponíveis, dos gabinetes e levam-nos para interagir com as instituições oficiais, movimentos sociais, igreja, entidade de classe, centros e conselhos comunitários e outras entidades civis, muito contribuindo para a solidificação da identidade e legitimidade do Ministério Público.

Portanto, esse trabalho tem como proposta institucional sensibilizar os conselheiros do CNMP e as Procuradorias Gerais de Justiça a incorporar os projetos sociais na política institucional do Ministério Público, criar um fundo nacional para o financiamento, padronizar sua regulamentação com o estabelecimento de normas para elaboração, execução, fiscalização e controle, por se configurar em mais um instrumento relevante de defesa da democracia e promoção dos direitos humanos fundamentais.

O Respaldo Legal e a Vocação do Ministério Público para Coordenar e Desenvolver Projetos Sociais no Âmbito Extrajudicial

A Constituição de 1988 incorpora entre as funções do Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, com a proposta de viabilizar juridicamente as transformações sociais preconizadas nos fundamentos do Estado Democrático e Social de Direito.

Incumbe ao Ministério Público criar as condições jurídicas judiciais e extrajudiciais imprescindíveis para a defesa da cidadania e dos direitos econômicos, sociais, ambientais e culturais, seja através do manejo de termo de ajustamento de conduta, das ações civis públicas ou contando com a colaboração espontânea de parceiros oficiais, empresas e a sociedade civil.

A proposta de regulamentação de projetos sociais no Ministério Público, embora não estejam previstos na Lei Orgânica Nacional, guarda harmonia com suas finalidades institucionais e está autorizada no texto constitucional na medida em que promove as medidas necessárias para assegurar os direitos catalogados e concorre para a construção do regime democrático, promovendo cidadania e inclusão social, como propõem os objetivos e os fundamentos da república, nos arts. 1º e 3º da Constituição¹.

No rol das atribuições do Ministério Público a Carta Republicana no art. 129, incs. II e IX amplia o leque de atuação dos agentes ministeriais e autoriza de forma extensiva à efetivação de medidas institucionais compatíveis com suas finalidades, para garantir a prestação de serviços públicos de relevância, nos termos seguintes:

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

Como autores da República encarregados de efetivar o Estado Constitucional e Democrático de Direito, os Promotores e Procurados de Justiça recebem a missão de retirar do papel as normas constitucionais destinadas a garantir o acesso dos cidadãos aos serviços públicos de saúde, educação, segurança de qualidade, ao meio ambiente equilibrado e saudável e tantos outros direitos, introduzidos no ordenamento jurídico para a construção da democracia e realizar da justiça social. Carlos Roberto de C. Jatahy assinala:

Com efeito, quando assume a condição de democrático, o Estado de Direito tem como objetivo a igualdade e não mais lhes basta à limitação à atividade do Estado nem a promoção de atuação estatal. A democracia, como realizadora dos valores da convivência humana, é conceito bem mais abrangente que o Estado de Direito, cunhado pelo liberalismo. Há um propósito solidário, até então inexistente, que inclui solucionar os problemas da vida individual e coletiva. Sua principal tarefa, de índole fundamental, consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social, plasmado num processo de convivência numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, II, da Constituição). Mas para sua plena execução, indispensável a existência de um órgão, encarregado de postular pela **transformação social** tão esperada no novo modelo estatal (JATALY, 2012, p. 31).

O dever constitucional de defensor da democracia e da ordem jurídica responsabiliza os membros do Ministério Público pela defesa e promoção dos valores supremos assegurados à pessoa humana, para resguardá-la das ameaças e perigos existentes nas sociedades marcada pela má distribuição de renda e pobreza extrema².

A democracia apresenta-se como um sistema político em constante mutação, mas nos países formados por instituições sólidas e sociedade civil em estágio crescente de conscientização social, além das funções tradicionais inerentes a organização e funcionamento dos Poderes, o Estado atua como agente regulador do mercado e promovedor de políticas públicas afirmativas, na busca de realizar os propósitos constitucionais.

As transformações sociais desejadas com a implementação das políticas afirmativas expressamente previstas na Constituição Federal podem ser mais efetiva quando os membros do Ministério Público, através de projetos sociais, participam de reuniões e promovem audiências públicas com as comunidades, conscientizando os cidadãos de seus direitos e como exercê-los perante os poderes públicos.

Esse compromisso social do Ministério Público, na visão dogmática institucional de Gregório Assagra de Almeida, concretiza um dos interesses sociais previstos no *caput* do art. 127, da CF: Diz o autor:

Assim o exercício da função pedagógica da cidadania está enquadrado no âmbito do rol das matérias de interesse social, inserindo-se como um dos deveres constitucionais do Ministério Público, presente no art. 127, *caput*, da CF/88.

Além das cartilhas cidadãs, da divulgação e da transparência em relação às medidas e ações da Instituição, o mecanismo de audiência pública é um legítimo canal para que o Ministério Público, em pleno diálogo com a sociedade, possa exercer, efetivamente,

essa função pedagógica da cidadania, ampliando a sua legitimação social (ALMEIDA, 2012, p. 67)

Projetos institucionais sociais podem servir para oferecer um produto final à sociedade. Basta suas metas e objetivos estabelecerem como produto final a prestação de um serviço público ou a execução de uma obra. Como exemplo, poderemos citar um projeto que preveja como objetivo estratégico a mobilização de promotorias municipais para exigir políticas públicas ambientais através de um seminário para capacitação, articulação, integração interna, com órgãos parceiros e a sociedade civil, incluído como etapas seguintes: as oficinas internas de levantamento, estudos e solução das demandas; realização de audiências públicas para esclarecimento aos órgãos parceiros e ao público beneficiário; finalizando com a realização de oficinas interinstitucionais para a prestação de serviços espontâneo pelos órgãos parceiros, celebração de TAC ou impetração de Ação Civil Pública para educar, preservar, recupera áreas degradadas.

Alguns membros do Ministério Público perceberam o valor dos projetos sociais e estão propondo à assessoria administrativa de planejamento estratégico, no caso de Pernambuco, a elaboração de projetos para mobilizar as instituições fiscalizadoras e executoras de serviços públicos relevantes e a sociedade civil destinatária dos produtos sociais.

Os projetos sociais funcionam de maneira proativa perante a instituição e a sociedade, seja promovendo a conscientização através de campanhas educativas, ou articulando os órgãos fiscalizadores para cumprir suas funções ou induzir o Poder Executivo a prestar um serviço de publico essencial ou ainda executar uma obra pública indispensável para o bem está social da população.

Da Proposta de Padronização Normativa e Institucionalização da Política Nacional de Elaboração de Projetos

O legislador constituinte amplia as atribuições do Ministério Público e cria as condições jurídicas para implementá-las quando autoriza no art. 128, incs. II e IX, aos membros ministeriais a exercer outras funções compatíveis com suas finalidades institucionais, conferindo legalidade a atuação ministerial.

As políticas institucionais de elaboração e execução de projetos sociais assumem nas Procuradorias Gerais dos Ministérios Públicos o papel de contribuir para a efetivação dos direitos difusos, coletivos e individuais indisponíveis, entre eles: promover a organização social para reivindicar os direitos de cidadania ou articular, integrar e exigir dos poderes públicos a efetivação de políticas públicas afirmativas para a população carente ter acesso aos direitos sociais à educação, saúde, segurança, acesso à justiça, relação de consumo, meio ambiente, personalidade, defesa dos idosos, crianças e adolescentes e da mulher, todos assegurados na lei maior e em vários estatutos jurídico especializados.

Nesse campo de modernização, crescimento e inovação organizacional, o Ministério Público trabalha para aperfeiçoar a gestão de projetos sociais no rol das atribuições das Promotorias da Cidadania, com a missão de potencializar a conscientização social e estabelecer mais um o canal eficiente de dialogo entre as instituições e a população destinatárias dos serviços públicos essenciais.

Os planos de ação dos Ministérios Públicos estaduais materializados no Planejamento

Estratégico bianual, no caso do Estado de Pernambuco, aprova vários projetos sociais com base nas demandas extraídas das aspirações sociais, refletindo a implementação desses projetos o caráter democrático da instituição e sua capacidade de interagir com a sociedade civil e promover as transformações sociais preconizadas na missão organizacional.

Entre as mais relevantes atribuições do Ministério Público destaca-se a fiscalização do cumprimento dos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade, economicidade e eficiência, exigíveis para o bom funcionamento e controle dos atos da Administração Pública.

A falta de regulamentação dos projetos sociais no âmbito dos Ministérios Públicos estaduais, claro, por se tratar de uma função institucional amparada na Constituição Federal, com a relevante missão de promover os direitos humanos fundamentais, não põe em risco os princípios da Administração Pública, nem implica em irregularidade administrativa.

No entanto, a unificação normativa dos projetos sociais contribui para consolidar uma proposta constitucional estabelecida no art. 5º, inc. XXXIII, da Constituição Federal, recentemente regulamentada na Lei nº 12.527/20011, com o papel de promover a transparência e o acesso à informação dos dados públicos.

Observando essa necessidade institucional, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, através da resolução nº 03/2011, normatiza os procedimentos para a instauração, gestão, implementação e arquivamento dos projetos sociais. A título de exemplo analisem as disposições dos art. 1º, 2º e 3º, da resolução 03/11:

Art. 1º O Projeto Social objetiva, por meio de um conjunto integrado de atividades e da articulação interinstitucional, transformar uma parcela da realidade, reduzindo, eliminando ou solucionando um problema e/ou promovendo a tutela dos direitos ou interesses tuteláveis pelo Ministério Público, nos termos da Constituição da República Federativa do Brasil e da legislação aplicável.

Parágrafo único. O membro do Ministério Público poderá atuar como coordenador do Projeto Social ou parceiro de instituição pública ou privada sem fins lucrativos e que tenha entre seus objetivos estatutários a promoção de direitos ou interesses difusos, coletivos, individuais homogêneos e individuais indisponíveis.

Art. 2º Os procedimentos de Projeto Social serão regidos, entre outros, pelos seguintes princípios:

I - transformação social;

II - publicidade ampla e irrestrita;

III - participação social;

IV - eficiência;

V - cooperação;

VI - utilidade social;

VII - priorização da prevenção;

VIII - reparação integral;

IX - máxima coincidência entre o dano e sua reparação;

X - máxima precisão dos objetivos e metas;

XI - avaliação e monitoramento periódicos dos resultados;

XII - flexibilização da técnica para atender as necessidades dos direitos ou interesses fundamentais.

Art. 3º Para ser instaurado, o procedimento de Projeto Social deverá atender os seguintes requisitos de admissibilidade:

I - Identificação dos parceiros e coordenadores;

II - Justificativa, destacando as razões que levaram à articulação ministerial para sua elaboração, tais como importância do problema ou da situação social que se quer transformar e os benefícios econômicos, sociais e ambientais almejados;

III - Objetivo Geral, consistente na indicação do resultado final que o projeto visa atingir ou alcançar a longo prazo;

IV - Objetivos específicos ou metas, que correspondem às ações e medidas que devem ser executadas dentro de determinado período de tempo;

V - Metodologia, na qual se deve indicar como se pretende atingir os objetivos e como se iniciarão e serão coordenadas as atividades, assim como e quando haverá a participação e envolvimento do grupo social;

VI - Cronograma, consistente na informação das épocas e prazos em que as atividades serão desenvolvidas;

VII - Orçamento, no qual devem ser indicadas as despesas e as instituições responsáveis por seu pagamento, detalhando-se os custos;

VIII - Acompanhamento, no qual se deve descrever como será feita a avaliação do projeto, citando-se e relacionando-se indicadores a serem utilizados e valendo-se, inclusive, de reuniões periódicas com os parceiros para monitoramento dos resultados e do processo de implementação (BRASIL, MPMG, 2011).

Sem dúvida, a gestão de projetos sociais no âmbito dos Ministérios Públicos estaduais já está incorporada ao planejamento estratégico, tem rigoroso controle orçamentário e conta com excelentes equipes técnicas para promover a gestão eficiente, com programação orçamentária, controle de metas e avaliação de resultados.

A partir da edição de resolução no Conselho Nacional do Ministério Público, a regulamentação dos os projetos sociais assume caráter de política institucional nacional, garante clareza e segurança normativa para os Ministérios Públicos estaduais cumprirem com eficiência, transparência e satisfação pública essa missão transformadora da realidade social.

Conclusão

Nas sociedades pós-modernas regidas por um Estado Democrático e Social de Direito as instituições oficiais, associações, sindicatos, entidades religiosas, partidos políticos, movimentos sociais, empresas e outros setores da sociedade civil devem caminhar de mãos dadas, para alcançar metas e objetivos comuns, em busca de bem estar e melhoria da qualidade de vida para todos.

Moldado por princípios e normas constitucionais para promover os direitos sociais, coletivos e individuais indisponíveis, nesses 25 anos de vigência da Constituição Cidadã de 1988, o Ministério Público brasileiro se sobressai no cenário jurídico como uma organização inovadora,

moderna e criativa, capaz de modificar a realidade social, mediante o manuseio de instrumentos jurídicos tradicionais ou potencializando funções extrajudiciais, em busca de reduzir as desigualdades sociais e contribuir para a promoção da dignidade da pessoa humana.

Padronizar a normatização dos projetos sociais no âmbito do Conselho Nacional do Ministério Público traz transparência e segurança jurídica para a instituição, serve para a construção de uma política nacional de gestão de projetos, cria as condições legais e técnicas para viabilizar a dotação orçamentária, controlar as despesas, estabelecer critérios de aprovação, autuação, registro, acompanhamento das ações, fiscalização e avaliação de resultados, além de cumprir os direitos de cidadania previstos na Constituição e na Lei de informação.

Referências Bibliográficas

- ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Temas atuais do Ministério Público**. Salvador: Jus Podivm, 2012.
- BARCELOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático**. SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (orgs.). Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- BARCELOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. **O começo da história a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. In: BARROSO, Luís Roberto (org.); A Nova Interpretação Constitucional – Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**. In: BARROSO, Luís Roberto (org.); A Nova Interpretação Constitucional – Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003.
- BRASIL. Ministério Público de Minas Gerais. **Resolução Conjunta PGJ CGMP Nº 3**. “http://ws.mp.mg.gov.br/biblio/normajur/normas/ResConj_PGJ_CGMP_03_2011.htm”. Acesso em: 30 jul. 2013.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Vade Mecum**. 13ª edição. São Paulo: Rideel, 2011.
- FARIAS, Cristiano Chaves de ; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson. **Temas atuais do Ministério Público**. Salvador: Jus Podivm, 2012.
- PARÁ, Associação do Ministério Público do Estado do. **Teses do XIX Congresso Nacional do Ministério Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (orgs.). Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SARMENTO, Daniel. **O neo-constitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, Belo Horizonte, ano, 3, n. 9, P. 96-133, 2009.
- SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2012.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Fundamentação e Normatividade dos Direitos Fundamentais: Uma Reconstrução Teórica à Luz do Princípio Democrático**. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

- 1 O que se tem, pois, é que os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil são definidos em termos de obrigações transformadoras do quadro social e político retratado pelo constituinte na elaboração de texto constitucional. Erradicar a pobreza e a marginalização não pelo empobrecimento dos ricos, mas pela maior oportunidade de trabalho dignamente remunerado, mais serviços educacionais e de saúde, que proporcionem desenvolvimento equilibrado e elevação da vida. Em verdade, também a erradicação da pobreza e da marginalização é um modo de se construir aquela sociedade livre, justa e solidária, objetivo fundamental consignado no inciso I do artigo em comentário (SILVA, 2012, 48 e 49).
 - 2 A pobreza é o estado de quem não tem o necessário para a vida, de quem vive com escassez; ao contrário da riqueza, que é o estado de quem vive na superabundância, com muito mais recursos do que o necessário. A pobreza consiste, assim, na falta de renda e recursos suficientes para o sustento, na fome e na desnutrição, más condições de saúde, limitado acesso à educação e na maior incidência de doenças e mortalidade, especialmente mortalidade infantil (SILVA, 2012, 49).
- * Promotor de Justiça de Pernambuco

O Papel do Ministério Público no Combate à Corrupção na Lei 12.846/2013

Eduardo Augusto Salomão Cambi

Exposição ou justificativa

A Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013, também denominada de Lei Anticorrupção, dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Até o advento da Lei 12.846/2013, as punições às fraudes a licitações e contratos administrativos, o oferecimento de promessa a agentes públicos, a utilização de interposta pessoa para ocultar ou dissimular a identidade dos beneficiários dos atos praticados, a criação irregular de empresa para participar de licitações ou contratos administrativos, além de outros atos de corrupção, se circunscreviam a responsabilização subjetiva do agente. A necessidade da comprovação do dolo ou da culpa dificultava a produção da prova, tornava morosos os processos judiciais e, conseqüentemente, aumentava a impunidade dos corruptos.

A responsabilização, civil e administrativa, objetiva das pessoas jurídicas por atos contrários à Administração Pública independe da responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de quaisquer outras pessoas naturais que tenham concorrido ou participado da prática do ato ilícito.

A Lei 12.846/2013 procura proteger a noção de república e o patrimônio público, reforçando o papel das instituições que devem zelar pela tutela da *res publica*.

Cabe ao Ministério Público, como defensor do regime democrático, contribuir com o processo de emancipação da cidadania no Brasil, seja promovendo a educação para o exercício dos direitos e dos deveres - estimulando a formação e a atuação eficiente de Conselhos Sociais, realizando audiências e consultas públicas, induzindo a formulação de políticas públicas, exigindo transparência da administração pública e controlando a execução orçamentária - seja investigando e buscando a responsabilização daqueles que se beneficiam da corrupção, mas que não raro ficam impunes.

A Lei Anticorrupção deve ser bem analisada e compreendida para que seus instrumentos possam ser potencializados pelo Ministério Público nacional, visando a redução dos índices de corrupção no Brasil.

Conclusões objetivas com os fundamentos jurídicos

O estudo preliminar da Lei 12.846/2013, que entra em vigor no dia 2 de fevereiro de 2014, permite as seguintes conclusões:

- 1) O artigo 25 da Lei 12.846/2013 deve ser interpretado à luz do artigo 37, par. 5º, da Constituição Federal, não podendo a prescrição quinquenal ser aplicada para impedir a reparação integral dos danos causados, mas incidir apenas sobre as demais sanções às pessoas jurídicas infratoras, contidas no artigo 19 da Lei Anticorrupção.

- 2) A Lei n. 12.846/2013, por orientação de seu artigo 30, deve ser interpretada sistematicamente com a Lei 8.429/92, podendo a pessoa jurídica ficar sujeita, no que couber, as sanções previstas no artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa, desde que comprovado o dolo ou a culpa de seus dirigentes ou administradores, e, cumulativamente, as penalidades da Lei Anticorrupção; esta legislação, por contemplar a responsabilização objetiva (administrativa e civil), torna menos complexa a atuação do Ministério Público, a quem cabe apenas a demonstração da prática do ato ilícito e do seu nexos de causalidade com os prejuízos causados, ao passo que compete à pessoa jurídica demandada o ônus da prova das causas excludentes do nexos causal.
- 3) A Lei 12.846/2013, nos termos de seu artigo 30, também, deve ser compatibilizada com a Lei 8.666/93 e as demais regras que versem sobre licitações e contratos administrativos, para que o valor da multa imposta observe os parâmetros dos artigos 6º, inc. I, e 7º da Lei 12.846/2013, nunca sendo inferior à vantagem auferida, mas também que incida outras sanções, em especial o impedimento para licitar e contratar com o Poder Público, por prazo determinado, (arts. 87-88 da Lei de Licitações e 47 da Lei 12.462/2011), embora a harmonização das sanções deva respeitar o critério adotado em cada legislação sobre a forma de responsabilização, objetiva ou subjetiva.
- 4) A não previsão pela Lei 12.846/2013 do impedimento de licitar e contratar com o poder público, por prazo determinado, ou da declaração de idoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública não pode conduzir a imposição destas sanções no processo administrativo de responsabilização objetiva das pessoas jurídicas infratoras, em razão do princípio da tipicidade, que exige que a sanção administrativa conste previamente em lei (exegese dos artigos 5º, inc. XXXIX, e par. 2º, e 37, *caput*, CF). Tal como asseverado nas conclusões 2 e 3 *supra*, contudo, como a aplicação das sanções previstas na Lei 12.846/2013 não afeta os processos de responsabilização e aplicação das penalidades contidas nas Leis 8.666/93 (arts. 87-88) e 12.462/2011 (art. 47), a autoridade administrativa deve impô-las às pessoas jurídicas infratoras que praticarem os atos ilícitos ali descritos, embora tal responsabilização dependa da comprovação do dolo ou da culpa.
- 5) Constatada omissão – total ou parcial – da autoridade administrativa na imposição plena das sanções administrativas previstas em lei, caberá ao Ministério Público ajuizar ação civil pública para promover a responsabilização administrativa integral da pessoa jurídica infratora (interpretação conjunta dos arts. 20 e 30 da Lei 12.846/2013).
- 6) O rol dos atos lesivos à Administração Pública, contido no artigo 5º da Lei 12.846/2013, é exemplificativo, devendo tal regra ser interpretada teleologicamente, para punir todo ato, praticado por pessoa jurídica, que atentar contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, ou contra os princípios da administração pública, ou, ainda, contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.
- 7) Não é indispensável a existência de dano efetivo para a responsabilização objetiva da pessoa jurídica, devendo cada hipótese ser analisada à luz do tipo descrito no artigo 5º da Lei 12.846/2013, *a fortiori* a obtenção, ou não, da vantagem, e a consumação, ou não, da infração são critérios para a aplicação das sanções (arts. 7º, inc. II e III, e 19, par. 4º, da Lei Anticorrupção).
- 8) São passíveis de responsabilização civil objetiva as ações das pessoas jurídicas que dificultarem as atividades de investigação ou de fiscalização do Ministério Público, no inquérito civil e na ação civil pública, como a sonegação indevida de informações, a

destruição de elementos de provas, a criação de obstáculos ao exame de documentos ou a realização de perícias (exegese do artigo 5º, inc. V, combinado com o artigo 19 da Lei 12.846/2013). Nesta hipótese, se a pessoa jurídica infratora for condenada em danos morais coletivos, os valores deverão ser revertidos em benefício do próprio Ministério Público (art. 24 da Lei 12.846/2013).

- 9) O Ministério Público, apesar de não participar dos acordos de leniência (arts. 16-17 da Lei 12.846/2013), deve ter acesso aos termos do acordo - ainda que sigilosos¹ - para que possa desenvolver investigações, em conjunto ou em paralelo com os órgãos da administração (arts. 129, incs. VI e VIII, CF, art. 26, inc. I, “c”, da Lei 8.625/93 e 8º, inc. II, da Lei Complementar 75/93), verificar a legalidade, a moralidade e a efetividade dos acordos celebrados e, se constatar a omissão das autoridades competentes, ajuizar ação civil pública para promover a integral responsabilização da pessoa jurídica infratora ou, caso os acordos de leniência estiverem em desacordo com o ordenamento jurídico, buscar a sua anulação judicial.
- 10) Embora não exista previsão expressa, por força da interpretação teleológica do artigo 21 da Lei Anticorrupção, que remete ao rito da Lei 7.347/85, é cabível o compromisso de ajustamento de conduta (art. 5º, par. 6º, da Lei de Ação Civil Pública), por iniciativa do Ministério Público, para a reparação integral dos danos causados pela pessoa jurídica infratora, tornando, para este fim, prescindível o ajuizamento da ação prevista no artigo 19 da Lei 12.846/2013².
- 11) O artigo 21 da Lei 12.846/85, ao submeter o procedimento da ação de responsabilização objetiva da pessoa jurídica ao procedimento da Lei 7.347/85, possibilitou o emprego de técnicas processuais diferenciadas no combate à corrupção, como a obrigatoriedade do Ministério Público atuar como fiscal da lei, quando não for parte (art. 5º, par. 1º, da Lei 7.347/85), sob pena de nulidade processual (arts. 84 e 246 do CPC), a habilitação do ente público lesado como litisconsorte do Ministério Público (art. 5º, par. 2º, da Lei 7.347/85), a regra de competência funcional absoluta do foro, onde acontecer ou deva ocorrer o dano (art. 2º da Lei 7.347/85), a prevenção do juízo para processar e julgar ações posteriores com a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto (art. 2º, par. ún., da Lei 7.347/85), a possibilidade de ajuizamento todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela do patrimônio público (art. 21 da Lei 7.347/85 c/c art. 83 da Lei 8.078/90), a concessão de liminar *inaudita altera pars* (art. 12 da Lei 7.347/85), a inexistência da regra do efeito suspensivo às apelações (arts. 520/CPC e art. 14 da Lei 7.347/85), a coisa julgada *erga omnes* (art. 16 da Lei 7.347/85) e a isenção do pagamento, pelo Ministério Público, de custas e despesas processuais, salvo comprovada má-fé (art. 18 da Lei 7.347/85)³.

Referências bibliográficas

- ARAUJO, Felipe Dantas. Corrupção e novas concepções de direito punitivo: rumo a um direito de intervenção anticorrupção? *Revista de Direito Internacional*, v.8, n.2, jul/dez 2011.
- BERTONCINI, Mateus. *Ato de improbidade administrativa: 15 anos da Lei 8.429/92*. São Paulo: RT, 2007.
- BOTELHO, Ana Cristina Melo de Pontes. *Corrupção política. Uma patologia social*. Belo

Horizonte: Fórum, 2010.

CERQUEIRA, Luís Otávio *et alli*. *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. São Paulo, RT, 2010, p. 59.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007.

FERNANDES, Antonio Scarance; ESSADO, Thiago Cintra Essado, *Corrupção: Aspectos Processuais*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 89, Mar / 2011.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa. Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

GOULART, Marcelo Pedroso. *Elementos para uma teoria geral do Ministério Público*. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

GHIZZO NETO, Affonso. *Corrupção, Estado Democrático de Direito e Educação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

MARQUES, Silvio Antonio. *Improbidade administrativa. Ação civil e cooperação internacional*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MOURA, Angela Giovanini. A atuação do Ministério Público no combate à corrupção: oportunidade de resgate da cidadania. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v.12, n.23, jan/jun 2011.

NERY, Ana Luiza de Andrade. *Compromisso de ajustamento de conduta. Teoria e análise de casos práticos*. São Paulo: RT, 2010.

ORTOLAN, Marcelo Augusto Biehl; ROCHA; Iggor Gomes; REIS, Felipe Andres Pizzato. *Combate à corrupção nas licitações e contratos públicos: questões centrais do Projeto de Lei nº 6.826/2010*. In: GONÇALVES, Guilherme de Salles, GABARDO, Emerson (Coord.). *Direito da Infraestrutura: temas de organização do Estado, serviços públicos e intervenção administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

OLIVEIRA, Regis Fernandes. A corrupção como desvio de recursos público (A agressão da corrupção aos direitos humanos). *Revista dos Tribunais*, vol. 820, fevereiro de 2004.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: RT, 2009.

SIMÃO, Calil. *Improbidade administrativa. Teoria e prática*. Leme: J. H. Mizuno, 2011.

SOUZA, Patrícia Verônica Nunes de Carvalho Sobral de. *Corrupção e improbidade. Críticas e controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

TREVISAN. Antoninho Marmo; CHIZZOTTI, Antonio; LANHEZ, João Alberto; CHIZZOTTI, José; VERILLO, Josmar. *O combate à corrupção nas prefeituras do Brasil*. São Paulo: Uol, 2003.

Referências jurisprudenciais

STF, MS 21729, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 05/10/1995, DJ 19-10-2001 PP-00033 EMENT VOL-02048-01 PP-00067 RTJ VOL-00179 PP-00225.

STJ, REsp 1177597/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/11/2010, DJe 02/12/2010.

STJ, EREsp 733.456/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/02/2010, DJe 29/04/2011.

STJ, EREsp 981.949/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/02/2010, DJe 15/08/2011.

STJ, REsp 1065401/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2009, DJe 21/08/2009.

1 “(...) 4. O poder de investigação do Estado é dirigido a coibir atividades afrontosas à ordem jurídica e a garantia do sigilo bancário não se estende às atividades ilícitas. A ordem jurídica confere explicitamente poderes amplos de investigação ao Ministério Público - art. 129, incisos VI, VIII, da Constituição Federal, e art. 8º, incisos II e IV, e § 2º, da Lei Complementar nº 75/1993. 5. Não cabe ao Banco do Brasil negar, ao Ministério Público, informações sobre nomes de beneficiários de empréstimos concedidos pela instituição, com recursos subsidiados pelo erário federal, sob invocação do sigilo bancário, em se tratando de requisição de informações e documentos para instruir procedimento administrativo instaurado em defesa do patrimônio público. Princípio da publicidade, ut art. 37 da Constituição. 6. No caso concreto, os empréstimos concedidos eram verdadeiros financiamentos públicos, porquanto o Banco do Brasil os realizou na condição de executor da política creditícia e financeira do Governo Federal, que deliberou sobre sua concessão e ainda se comprometeu a proceder à equalização da taxa de juros, sob a forma de subvenção econômica ao setor produtivo, de acordo com a Lei nº 8.427/1992. 7. Mandado de segurança indeferido” (MS 21729, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 05/10/1995, DJ 19-10-2001 PP-00033 EMENT VOL-02048-01 PP-00067 RTJ VOL-00179 PP-00225).

2 Adotando esse posicionamento, inclusive em relação aos atos de improbidade administrativa, apesar da redação do artigo 17, par. 1º, da Lei 8.429/92, que veda a transação nas ações que versam sobre tais atos, corretamente leciona Ana Luiza de Andrade Nery, primando pela solução extrajudicial da reparação dos danos: “(...) *tem-se que o compromisso de ajustamento de conduta deve abarcar, prioritariamente, a recomposição do bem jurídico ao status quo ante, isto é, ao estado em que se encontrava antes de ter sofrido o efetivo dano. (...) Se a ação civil pública ajuizada ou passível de ajuizamento versar sobre atos de improbidade administrativa, regida, portanto, pela Lei 8.429/92, há vedação expressa à transação, ao que podemos imaginar ser incabível a celebração de ajustamento de conduta. Contudo, entendemos que a vedação legação de transação alcançaria os direitos protegidos pela Lei de Improbidade Administrativa, de modo que a vedação não se estenderia, por exemplo, à devolução da perda patrimonial sofrida pelo erário, decorrente de ação ou de omissão, dolosa ou culposa, do agente público. Isso porque a lei determina o integral ressarcimento do dano ao erário, o que, em nosso ver, poderia ser realizado por meio de compromisso de ajustamento de conduta. Assim, se o agente público que sofre ação civil pública ou contra si tem instaurado procedimento administrativo para investigar ato de improbidade administrativa, quer devolver o quantum relativo à perda do patrimônio público que sua conduta gerou, a vedação do art. 17 da Lei 8.429/92 não impede que a controvérsia seja solucionada mediante celebração de compromisso de ajustamento de conduta, pelo qual se poderia negociar a forma de devolução dessa quantia ao erário” (Compromisso de ajustamento de conduta. Teoria e análise de casos práticos. São Paulo: RT, 2010. Pág. 190-191).*

3 STJ, REsp 1177597/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/11/2010, DJe 02/12/2010; EREsp 733.456/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/02/2010, DJe 29/04/2011; EREsp 981.949/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/02/2010, DJe 15/08/2011; REsp 1065401/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2009, DJe 21/08/2009.

A “Busca e Acolhimento Institucional”¹ À Luz do Estatuto da Criança e do Adolescente²

Epaminondas da Costa*

Síntese dogmática

O princípio constitucional da *prioridade absoluta* ou do “melhor interesse da criança”³ (art. 227 da CF⁴) exige que as medidas de proteção no âmbito da infância e da juventude sejam encaradas como *medidas de urgência*, as quais, por força de disposição legal, não demandam o estabelecimento de procedimento contraditório, assim como ocorre com a prisão cautelar e as *medidas protetivas de urgência* da Lei Maria da Penha (contraditório diferido).

Introdução

Trata-se aqui da reformulação de tese anterior do mesmo autor, sob o título “A Busca e Abrigamento no Âmbito da Infância e da Juventude”, tendo sido aquela apresentada e aprovada nos Congressos Estadual e Nacional do Ministério Público, no ano de 2007 (Tiradentes-MG e Salvador-BA),

Essa reformulação foi necessária, sobretudo em razão das alterações ocorridas posteriormente no Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n. 8.069 de 13/07/1990, por força da Lei n. 12.010 de 03/08/2009.

A presente tese justifica-se, ainda, pelo fato de que, não raro, a Justiça da Infância e da Juventude recebe denúncias graves sobre a prática de maus-tratos contra crianças e adolescentes por parte de membros da família, ressaltando-se espancamentos, abusos sexuais ou a privação dos cuidados necessários.

Assim, a dúvida que tem sido levantada frequentemente é se a medida de urgência pode ser adotada, ou não, nos próprios autos do processo denominado “Medida de Proteção/ECA⁵”, instaurado de ofício pelo juiz visando ao levantamento preliminar dos fatos denunciados e à aplicação das medidas de proteção pertinentes.

A resposta apresentada nesta tese é a de que pode a autoridade judiciária, nos próprios autos da “Medida de Proteção/ECA”, determinar a busca e o acolhimento institucional da criança ou do adolescente vítima da omissão ou do abuso dos pais ou responsável, contanto que haja a oitiva prévia do Ministério Público (art. 153 do ECA).

Da questão de fundo/fundamentação

Nos municípios onde haja Conselho Tutelar em funcionamento, geralmente o referido órgão é instado a agir, quer por populares, quer por familiares da vítima, de sorte que, conforme a situação concreta, o referido órgão costuma determinar, diretamente, o acolhimento

institucional da criança ou do adolescente vítima da omissão ou do abuso dos pais ou responsável. Se bem que após o advento da Lei n. 12.010 de 2009, a adoção do acolhimento institucional pelo Conselho Tutelar deverá limitar-se a situações emergenciais, em que a autoridade judiciária não puder ser acionada de pronto.

De fato, o art. 101, § 2º do ECA, embora estabeleça que o afastamento da criança ou do adolescentes do convívio familiar seja de competência exclusiva da autoridade judiciária, em procedimento contraditório, determina que isso ocorrerá “*sem prejuízo da tomada de medidas emergenciais para proteção de vítimas de violência ou abuso sexual e das providências a que alude o art. 130*” do ECA. Noutras palavras, no caso das medidas emergenciais e do afastamento do agressor do lar, não se exige o estabelecimento de procedimento contraditório, nem tampouco que algumas das medidas emergenciais, dentre elas, o acolhimento institucional, seja adotado somente pela autoridade judiciária.

Daí que, aliás, o art. 93 do ECA autoriza expressamente que, em caráter excepcional e de urgência, as entidades que mantenham programa de acolhimento institucional acolham crianças e adolescentes sem prévia determinação da autoridade competente, entendida esta como sendo o juiz que possua atribuição legal para o caso. Reforçando esta ideia, o 3º do art. 101 do Estatuto determina que o acolhimento institucional seja precedido, de regra, de uma Guia de Acolhimento, expedida pela autoridade judiciária.

Vê-se, assim, que a determinação do acolhimento institucional ou a retirada de criança ou de adolescente do convívio com os pais ou responsável é de competência exclusiva da autoridade judiciária, tendo o legislador permitido, porém, a atuação excepcional do Conselho Tutelar na institucionalização de criança ou de adolescente, desde que isto ocorra em situações emergenciais e sempre que a autoridade judiciária não puder ser acionada de pronto.

Com efeito, a orientação legal é a de que o afastamento da criança ou do adolescente do convívio familiar deverá estar consubstanciado em decisão judicial, prolatada em procedimento contraditório, mais precisamente nas situações de *colocação em família substituta* (art. 101, IX do ECA). As outras medidas de proteção, previstas no referido art. 101 do Estatuto⁶, não exigem o estabelecimento de procedimento contraditório, tanto que o legislador não estabeleceu fórmulas sacramentais ou o rito a ser seguido pelo Conselho Tutelar, na aplicação das medidas elencadas nos incisos I a VI do art. 101 do ECA (cf. art. 136, *idem*).

Por igual razão, a *guarda*, enquanto medida de proteção excepcional e transitória (art. 33, § 2º do ECA), poderá ser deferida pela autoridade judiciária nos próprios autos do processo denominado “Medida de Proteção/ECA”, especialmente quando se tratar da entrega de criança ou de adolescente a pessoa da família e desde que não haja oposição pelos pais ou responsável. Isto porque, primeiro, o parágrafo único do art. 25 define como família extensa ou ampliada “*aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade*”; segundo, o art. 35 do Estatuto prescreve expressamente que a guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público⁷.

Por conseguinte, não será criada uma situação imutável para os pais ou responsável, o que fez com que o legislador tenha dispensado tacitamente o procedimento contraditório na espécie, exigindo-o apenas e de forma expressa em relação à ação de destituição de tutela ou

de suspensão ou de perda do poder familiar, bem como de perda de guarda (arts. 24 e 169 da Lei n. 8.069), e, ainda, quando se tratar de apuração de irregularidades em entidades de atendimento (arts. 191 a 193, *idem*) ou apuração de infração administrativa às normas de proteção à criança e ao adolescente (arts. 194 a 197, *idem*).

Volvendo ao tema central da tese, ou seja, a *Busca e Acolhimento Institucional à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente*, sustenta-se que, instaurado o processo denominado “Medida de Proteção/ECA” e sendo constatado que a criança ou o adolescente se encontra na situação de vítima do abuso ou da omissão dos pais ou responsável, mais precisamente na situação de vítima do crime de maus-tratos ou de qualquer outra infração penal, em tese, poderá o juiz da infância e da juventude, ouvido o Ministério Público, determinar a busca e o acolhimento institucional, porquanto se trate aqui de paciente de crime. Neste caso, aplica-se o disposto nos arts. 240, § 1º, “e”, “g” e “h”, e 241, ambos do Código de Processo Penal, subsidiariamente, por força do disposto no art. 152 da Lei nº 8.069 de 1990.

Não bastasse isso, o art. 130 do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê, expressamente, que o juiz poderá determinar, como medida cautelar, o afastamento do agressor da moradia comum, o que, presentemente, se concretizaria por via inversa, ou seja, por meio da busca e do acolhimento institucional da criança ou do adolescente vítima.

Curiosamente, aliás, a proteção acima mencionada possui correlação ontológica com as *medidas protetivas de urgência* da Lei Maria da Penha – Lei nº 11.340 de 07/08/2006, sobretudo quando as vítimas, além de sua condição feminina, forem crianças e, portanto, duplamente vulneráveis, historicamente, à ação covarde de agentes adultos, notadamente do sexo masculino. O art. 13 da referida Lei faz menção expressa ao Estatuto da Criança e do Adolescente, dentre outros diplomas legais.

A rigor, as *medidas protetivas de urgência*, por expressa disposição legal, não reclamam o estabelecimento prévio do contraditório e da ampla defesa, até porque, do contrário, seria desnaturada a sua natureza de urgência (cf. arts. 12, § 1º, III e 18, I da Lei nº 11.340 de 2006).

Para tanto, não se pode perder de vista que a inauguração do procedimento contraditório deverá ocorrer nos autos da ação principal, penal ou cível (contraditório diferido).

Nesse diapasão, basta ser lembrado, ilustrativamente, que a decretação da prisão preventiva de alguém não exige o estabelecimento de procedimento contraditório, sendo certo, portanto, que será assegurada, obrigatoriamente, a oportunidade de ampla defesa ao acusado, assim que houver a instauração da competente ação penal, no prazo de lei.

Por derradeiro – e o que é mais importante -, como foi muito bem destacado na respeitável decisão constante do anexo II, o art. 101 do Estatuto, de forma expressa e direta, “(...) é cogente ao impor que, verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade judiciária poderá determinar, dentre outras, o acolhimento da criança ou adolescente em entidade de proteção”. Tal medida será determinada em “*caráter provisório, em em caso de extrema necessidade. Não é interesse da Justiça que uma criança seja afastada do convívio familiar, mas ao contrário, devem ser esgotadas todas as possibilidades de se realizar a promoção social da família e evitar a aplicação da medida tão grave...*”.

Conclusão

Na seara da infância e da juventude, a *busca e acolhimento institucional* de criança e de

adolescentes cujos direitos legalmente reconhecidos estejam sendo ameaçados ou violados por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável, poderá ser decretada de ofício pela autoridade judiciária, ouvido o Ministério Público, nos autos do “Procedimento Verificatório”, nos autos da “Medida de Proteção/ECA” ou nos autos da “Sindicância Judicial”, conforme a nomenclatura empregada na classe da distribuição judicial. Sem prejuízo da adoção da *medida protetiva de urgência*, deverá ser estabelecido o procedimento contraditório logo depois da efetivação de tal medida (“contraditório diferido”).

Uberlândia, 14 de agosto de 2013.

Anexo I

Comarca de Uberlândia – MG

Medida de Proteção/ECA

Autos nº 702.10.076930-7

Requerente: Conselho Tutelar

Vítimas: G. F. F. e G. V. F.

P A R E C E R

MM^a Juíza:

O Conselho Tutelar encaminhou a essa egrégia Vara a notícia de que as crianças G. F. F. e G. V. F., respectivamente, com 05 anos e 02 anos de idade, estão em situação de abandono psicológico e moral, e bem assim na posição de vítimas de maus-tratos perpetrados pelos pais; estes, segundo consta, são usuários de substâncias entorpecentes e se recusam a se submeter a tratamento.

Diante disso, houve o levantamento preliminar dos fatos pelo ilustrado Serviço de Apoio do Juízo, inclusive com a juntada da cópia das certidões de nascimento de tais crianças.

É importante destacar que esse levantamento contém a informação de que apenas uma das crianças se encontra na companhia da mãe, tendo sido encontrada muito suja e, pior ainda, numa situação em que ela pode vir a ser vítima de abuso sexual, já que a mãe está vivendo com um suposto amigo.

A bem da verdade, as crianças em causa estão, em tese, na condição de pacientes dos crimes tipificados nos arts. 136 e 247, I, segunda parte do Código Penal, dentre outros.

Por conseguinte, a hipótese desafia a determinação judicial da busca domiciliar e a apreensão das pacientes dos crimes suprarreferidos, nos termos dos arts. 240, § 1º, “e”, “g” e “h”, e 241, ambos do Código de Processo Penal, subsidiariamente, por força do disposto no art. 152 da Lei nº 8.069 de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente.

Não bastasse isso, o art. 130 do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê, expressamente, que o juiz poderá determinar, como medida cautelar, o afastamento do agressor da moradia comum, o que, presentemente, se concretizaria por via inversa, ou seja, por meio da busca e apreensão das crianças, seguindo-se o seu acolhimento institucional.

Curiosamente, aliás, a proteção acima mencionada possui correlação ontológica com as *medidas protetivas de urgência* da Lei Maria da Penha – Lei nº 11.340 de 2006, uma vez que as vítimas, além de sua condição feminina, são crianças e, portanto, duplamente vulneráveis, historicamente, à ação covarde de agentes adultos, notadamente do sexo masculino. O art. 13 da referida Lei faz menção expressa ao Estatuto da Criança e do Adolescente, dentre outros diplomas legais.

A rigor, as *medidas protetivas de urgência*, por expressa disposição legal, não exigem o estabelecimento do contraditório e da ampla defesa, até porque, do contrário, seria desnaturada a sua natureza de urgência.

Para tanto, não se pode perder de vista que a inauguração do procedimento contraditório ocorrerá nos autos da ação principal, penal ou cível (contraditório diferido).

Nesse diapasão, basta ser lembrado, ilustrativamente, que a decretação da prisão preventiva de alguém não exige o estabelecimento de procedimento contraditório, sendo certo, portanto, que será assegurada, obrigatoriamente, a oportunidade de ampla defesa ao acusado, assim que houver a instauração da competente ação penal, no prazo de lei.

Enfim, propugno pela busca e apreensão das vítimas alhures nomeadas, seguindo-se o encaminhamento de cópia das principais peças destes autos à competente Delegacia de Polícia, para as providências de sua alçada.

Outrossim, peço a Vossa Excelência a realização do Estudo Psicossocial do caso, para fins de possível e imediato ajuizamento da competente ação de destituição do poder familiar na espécie (art. 1.638, II e III, do Cód. Civil).

Uberlândia, 16 de dezembro de 2010.

EPAMINONDAS DA COSTA

20º Promotor de Justiça

Anexo II

Autos nº: 0702.10.076930-7

Espécie: Medida de proteção ECA

Vistos

O 2º Conselho Tutelar sugeriu o acolhimento das crianças G. F. F. e G. V. F., ao fundamento de que elas estariam em situação de risco.

Decido.

Compulsando os autos, sobretudo o relatório de F. 02/04 e documentos acostados, verifico presentes os requisitos autorizadores da busca e apreensão das crianças G. F. F. e G. V. F.

No tocante ao *fumus boni iuris*, o art. 101, VII, do ECA, é cogente ao impor que, verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, o acolhimento da criança ou adolescente em entidade de proteção.

Por sua vez, o art. 98, II, também do ECA, prescreve que as medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos no próprio Estatuto forem ameaçados ou violados por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsáveis.

Assim restou concluído pelo Conselho Tutelar:

“(…)Em discussão no colegiado, entendemos que as crianças deveriam ser acolhidas em uma instituição até que seus genitores possam estar em condições de se responsabilizar por elas, submetendo-se ao programa de tratamento para dependente químico – CAPSAD, considerando que não há nenhum familiar que poderia dispensar-lhe cuidados. F. 02.

(…)As crianças não foram levadas para o abrigo no momento da abordagem, porque Júnia estava muito nervosa e a ação poderia trazer mais danos psicológicos às crianças. (...) F. 04.”

Lado outro, vejamos o que relatou o Serviço de Apoio deste Juízo:

(...)A genitora foi procurada no endereço supra, nos relatou que sem lugar para onde ir, está residindo com sua filha G., na companhia de um rapaz chamado Flávio que segundo ela é seu amigo, a criança estava muito suja, porém não apresentava sintomas febris, a genitora ficou muito desequilibrada(...)

(...)conforme foi relatado Gabriela é carente de cuidados básicos necessitando de ajuda, sendo este comissariado favorável ao abrigo da criança. F. 09.

Por sua vez o presentante do Ministério Público pugnou pela busca e apreensão das crianças em tela, como medida necessária à sua proteção.

Portanto, a situação retratada nestes autos é grave e exige pronta ação da Justiça para a devida proteção das crianças.

Como se sabe, a apreensão de uma criança e/ou adolescente somente se faz em caráter provisório, e em caso de extrema necessidade. Não é interesse da Justiça que uma criança seja afastada do convívio familiar, mas ao contrário, devem ser esgotadas todas as possibilidades de se realizar a promoção social da família e evitar a aplicação de medida tão grave. Somente em casos extremos é que se promove a apreensão, comprovada a situação de risco da criança.

No caso em questão, a negligência dos genitores quanto aos cuidados relativos à saúde, alimentação, higiene, educação e segurança dos das crianças, a prática de atos contrários à moral e à lei (uso de drogas), são fatores preponderantes a determinar o abrigo das crianças, posto que se encontram em situação de risco (art. 98, II, do ECA).

Por fim, os documentos acostados são suficientes para comprovar a situação de risco e a necessidade urgente de acolhimento.

Posto isso, determino a expedição de mandado de busca e apreensão das crianças G. F. F. e G. V. F.

O mandado será cumprido por Oficial de Justiça, que será acompanhado por dois Comissários da Infância e da Juventude, devendo apresentar relatório circunstanciado sobre a diligência, informando aos genitores que o acolhimento poderá ser provisório, podendo os mesmos obterem informações a respeito, diretamente junto a este Juízo.

O Oficial de Justiça deverá requisitar escolta policial para cumprimento dos mandados, prevenindo eventual resistência dos responsáveis pelas crianças.

Os Comissários encarregados deverão encaminhar as crianças para a instituição Missão Criança.

Oficie-se à Instituição, autorizando o acolhimento das infantes.

Remetam-se cópia dos autos à DEPOL para apuração de eventual crime contra a dignidade sexual.

Após, remetam-se os autos à Assessoria Psicossocial, para realização de estudo do caso, devendo o relatório ser apresentado em até 60 (sessenta) dias.

Intime-se.

Uberlândia, 13 de janeiro de 2011.

Édila Moreira Manosso

Juíza de Direito

¹* Promotor de Justiça de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente no Estado de Minas Gerais
A expressão “a busca e acolhimento institucional” foi assim formulada com o objetivo de indicar que esta medida não se confunde com a medida cautelar prevista nos arts. 839 e seguintes do Código de Processo Civil – Lei n. 5.869 de 11/01/1973, denominada “Busca e Apreensão”.

2 A presente tese, sob a denominação original de “A Busca e Abrigamento no âmbito da Infância e da Juventude”, foi aprovada nos Congressos Estadual e Nacional do Ministério Público, no ano de 2007 (Tiradentes-MG e Salvador-BA). No congresso de Salvador, houve a modificação da expressão “busca e apreensão” para “busca e abrigo”, conforme sugestão de congressistas, de forma a manter-se maior coerência com o espírito da tese. A versão atual deste trabalho doutrinário está atualizada de acordo com a Lei nº 12.010 de 2009.

3 A expressão “melhor interesse da criança” provém da legislação internacional, estando associada, ademais, à doutrina da proteção integral.

4 CF – Abreviatura de Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.

5 ECA – Abreviatura de Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990.

6 Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;

II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;

III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;

IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente;

V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;

VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;

VII - acolhimento institucional;

VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar;

IX - colocação em família substituta.

§§ (...)

7 A referida exigência legal se justifica pelo fato de que a modificação da medida deverá levar em conta o interesse superior da criança ou do adolescente, jamais o interesse do guardião ou dos pais.

Perda e Restabelecimento do Poder

Familiar por Ato Judicial¹

Epaminondas da Costa

Síntese dogmática

Nos termos do art. 472 do Código de Processo Civil, a criança ou o adolescente, por deixar de figurar como parte na *ação de perda do poder familiar* proposta pelo Ministério Público, não pode ser prejudicado, mas apenas beneficiado pela *coisa julgada material*, por força do disposto nos arts. 19, 43 e 45, § 1º, parte final, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069 de 1990).

Assim sendo, constatada a impossibilidade do encaminhamento a lar substituto após a destituição/perda do poder familiar, bem como verificada a possibilidade superveniente da reintegração à família natural ou *socioafetiva*, em consonância com o novo estudo psicossocial então realizado, bastará ser determinado, judicialmente, o cancelamento dessa averbação (perda do poder familiar) ou, alternativamente, que haja a formulação do pedido de “restauração” do registro público, em sede de procedimento de jurisdição voluntária, por força do disposto no art. 109 c/c art. 102, item “6” da Lei dos Registros Públicos, por analogia.

Introdução

A ação de perda ou destituição do poder familiar visa, principalmente, a propiciar às crianças e aos adolescentes, em situação de abandono ou de desproteção total pelos pais, a possibilidade de colocação em família substituta. Esta medida somente pode ocorrer em situações deveras excepcionais, nos termos do art. 19 da Lei n. 8.069 de 13/07/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

É necessário, ainda, que sejam esgotados os meios de promoção social, de orientação, de acompanhamento ou de tratamento dos pais, sob pena de a colocação em família substituta vir a implicar em violação ao direito fundamental de ser a criança ou adolescente criado e educado no seio da sua família, natural ou extensa (arts. 19 e 25 c/c arts. 101, § 9º e 129 do ECA).

Cumpridas as exigências legais para a que a decisão judicial declare a perda do poder familiar, casos há de inviabilidade quanto à colocação em família substituta das vítimas de abandono ou de maus-tratos graves e permanentes, quer em razão de sua idade ou de características pessoais, quer em razão de recusa categórica da própria criança ou adolescente, concernente ao seu encaminhamento para outro lar, sobretudo a título de adoção. Conseqüentemente, eles costumam fugir frequentemente da instituição de acolhimento, a fim de se encontrarem com os pais, sendo muitas vezes recebidos de forma afetuosa, apesar das dificuldades materiais e emocionais destes.

Portanto, pode-se admitir como razoável ou racionalmente compreensível que, em face de tal quadro, não se avalie a conveniência e a oportunidade do retorno à família natural, inclusive com o restabelecimento do poder familiar, extinto mediante a ação própria fundamentada nas

disposições do art. 1.638 do Código Civil? Eis, pois, o tema do presente trabalho, sendo certo que a aplicação da presente tese já vem ocorrendo com êxito na Comarca de Uberlândia-MG (*vide anexos*).

Fundamentação da tese

O art. 1.638 da Lei n. 10.406 de 10/01/2002 – Código Civil – trata das situações que poderão acarretar a perda do poder familiar; emprega-se ali o verbo “perder”, a fim de indicar a ação humana ou a conduta dos pais que seja capaz de autorizar o Poder Judiciário, no campo do direito, a destituí-los da *função materno/paterno-filial*.

Destarte, enquanto a expressão “perda do poder familiar” aponta para a conduta dos pais em relação aos *filhos menores*, apta a produzir determinados efeitos jurídicos, a locução “destituição do poder familiar” encerra a ideia de ação em sentido processual, abrangendo assim a obrigatoriedade do estabelecimento de procedimento contraditório, sem o qual se mostrará inviável a extinção jurídica do *vínculo deôntico paterno/materno-filial* (poder familiar).

São causas legais para a destituição do poder familiar, nos termos do art. 1.638 do Código Civil: a) castigar imoderadamente o filho; b) deixar o filho em abandono; c) praticar atos contrários à moral e aos bons costumes (consumo de substâncias entorpecentes, alcoolismo, “vadiagem”, cometimento de crimes em geral); e d) incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente (abusar da autoridade de pai ou de mãe).

Afirma-se na introdução que nem sempre crianças e adolescentes, destituídos do poder familiar, são integrados numa família substituta, fato que normalmente ocorre por meio da adoção. A expressão “família substituta” se opõe à locução “família natural”, definida esta, legalmente, como a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e os seus descendentes (art. 25 do ECA).

Registre-se que, a partir da idade de 12 (doze), o adolescente tem o direito legal de aceitar ou recusar o seu encaminhamento a lar substituto, sobretudo sob a forma de adoção (cf. arts. 28, § 2º e 46, § 2º do ECA).

Com efeito, se a criança ou adolescente recusa-se a ser adotado por alguém e, além disso, foge frequentemente da instituição de acolhimento, a fim de se encontrar com os seus pais – sendo certo, ainda, que a permanência no “abrigo” é temporária, frequentemente com o *desligamento* compulsório após a idade de 18 (dezoito) anos – afigura-se irracional que seja feito vista grossa ao malogro na promessa de propiciar nova família a essa criança ou adolescente.

É bem verdade que diversos operadores do direito, presos à ortodoxia processual da coisa julgada, argumentarão com a impossibilidade da resolução jurídica do problema apresentado, ou seja, que se restabeleça no registro civil a filiação extinta mediante a ação de perda do poder familiar, sobretudo quando se apresenta incabível o ajuizamento de ação rescisória.

Entretanto, algumas questões relevantes se apresentam aqui.

Primeiro, em face da crise do positivismo jurídico na contemporaneidade, em que, no direito de família, por exemplo, houve a relativização da coisa julgada material, exige-se postura profissional mais consentânea com a efetividade ou com maior racionalidade da justiça.

Segundo, na ação de destituição ou perda do poder familiar, a relação processual se estabelece geralmente entre o Ministério Público – como parte pública autônoma *presentando* a sociedade – e os pais da criança ou do adolescente em situação de abandono ou de maus-

tratos graves e permanentes. Quer dizer, o Ministério Público não atua como substituto processual dessa criança ou adolescente, até porque o art. 81 da Lei n. 5.869 de 11/01/1973 – Código de Processo Civil (CPC) – prescreve que o Ministério Público exercerá o direito de ação nos casos previstos em lei. O art. 201, III do ECA, de forma expressa, atribui ao Ministério Público a legitimidade para a propositura da referida ação, de forma autônoma e não como substituto processual. A mesma pode ser ajuizada, também, pelos adotantes, cumulativamente com o pedido de adoção.

Terceiro, nos termos do art. 472 do Código de Processo Civil², a criança ou adolescente, deixando de figurar na ação de perda do poder familiar como parte, não pode ser prejudicado, mas apenas beneficiado pela coisa julgada material, por força do disposto nos arts. 19, 43 e 45, § 1º, parte final, do ECA. Noutros termos, o ajuizamento da ação em causa é indispensável para que, excepcionalmente, haja a integração familiar substituta, quando os pais forem vivos e não aderirem expressamente a esta medida (integração familiar substituta).

Conseqüentemente, mostra-se até despicienda a discussão sobre a teoria da relativização da coisa julgada, haja vista que os seus efeitos, por disposição expressa de lei, estão impedidos de prejudicar a quem não foi parte na ação de destituição ou perda do poder familiar.

Lado outro, o art. 47, § 2º do ECA estabelece que, quando houver a sentença de adoção, expedir-se-á o mandado judicial, que será arquivado no registro civil, dele resultando o cancelamento do registro original do adotando. Inexistindo a adoção, constará apenas do registro civil a averbação da perda do poder familiar, conforme dispõe o art. 102, item “6”, da Lei n. 6.015 de 31/12/1973 – Lei dos Registros Públicos (LRP).

Enfim, constatada a impossibilidade do encaminhamento a lar substituto após a destituição do poder familiar, bem como verificada que a família biológica, com o passar do tempo, consegue acolher os filhos, sobretudo afetivamente, ainda que sem oferecer condições plenas de proteção, deve-se assim promover a reintegração familiar imediata. Em relação ao registro civil, bastará ser determinado, judicialmente, o cancelamento dessa averbação (perda do poder familiar) ou, alternativamente, que haja a formulação do pedido de “restauração” do registro público, em sede de procedimento de jurisdição voluntária, por força do disposto no art. 109 c/c art. 102, item “6” da Lei n. 6.015 de 1973 (Lei dos Registros Públicos), por analogia.

O pleito acima mencionado deverá ser feito por curador especial nomeado pelo juiz da infância e da juventude, nos termos do art. 141, § 1º do ECA. O Ministério Público atuará no processo como fiscal da lei, tendo em vista ser contraditória a sua posição de parte autora no processo de destituição do poder familiar e, em seguida, figurar como autor do requerimento em favor da criança ou do adolescente não beneficiado pelos resultados daquela ação (*destituição do poder familiar frustrada*).

Anote-se, por fim, que a hipótese em estudo é incompatível com a propositura de nova ação – suponha-se ação declaratória de maternidade e/ou de paternidade –, por inexistir pretensão resistida, ou seja, pais e filhos querem a manutenção do vínculo biológico. Afora isto, averba-se no registro público apenas a destituição ou a suspensão do poder familiar, sem o cancelamento do registro. Noutros termos, cuida-se de uma simples anotação (averbação), podendo ser cancelada posteriormente, contanto que sejam cumpridas as formalidades legais próprias, assim como ocorre com as anotações no registro imobiliário, passíveis expressamente de cancelamento (cf. art. 250 da Lei n. 6.015 de 1973).

Outrossim, é inconcebível que a presente situação seja resolvida por meio do instituto da adoção, o qual se destina a estabelecer a relação de parentesco entre pessoas desvinculadas biologicamente. Portanto, a adoção como filho, de alguém que a natureza atribuiu tal condição, geraria o estado de perplexidade.

Conclusão

Quando se mostrar totalmente inviável a colocação em família substituta, da criança ou adolescente disponível para a adoção, contanto que os estudos psicossociais não contraindiquem o retorno à família natural, é possível a determinação judicial do cancelamento da averbação da destituição do poder familiar no registro civil, restabelecendo-o assim em sede de pedido fundado no art. 109 da Lei n. 6.015 de 1973.

Uberlândia-MG, em 14 de agosto de 2013.

ANEXOS: modelos adotados na Comarca de Uberlândia-MG em relação ao restabelecimento do poder familiar

EXCELENTÍSSIMA SENHORA DOUTORA JUÍZA DE DIREITO DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DA COMARCA DE UBERLÂNDIA - MG

Processo: 0702.06.282465-2

Requerentes: C. J. C. B. e

L. F. C. B.

C. J. C. B. e L. F. C. B., ambos adolescentes, por sua CURADORA ESPECIAL que esta subscreve, designada por esse juízo através do despacho de fls. 361, vêm respeitosamente à presença de Vossa Excelência requerer

RESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR

1- BREVE RELATO

A mãe dos adolescentes, J. C. S. foi destituída do poder familiar em 24/06/2009, através de sentença judicial (fls. 184/194), já transitada em julgado.

Os adolescentes ficaram abrigados até meados do ano de 2012, e não foram colocados em família substituta, e, muito menos, foram adotados.

Por algum tempo, a mãe foi impedida de aproximar-se dos adolescentes. Posteriormente deu-se o restabelecimento do contato entre mãe e filhos, e, desde 22/06/2012, conforme decisão de fls. 348/350, os menores deixaram a instituição “Missão Criança” e estão sob a guarda provisória da mãe.

Conforme relatório elaborado por profissionais da instituição “Missão Criança” (fls. 362), os adolescentes “encontram-se bem e já se adaptaram à sua nova vida com a mãe”. Informa, mais, que os menores estão matriculados e frequentes na escola, bem como a mãe deles tem trabalho fixo e encontra-se bem equilibrada emocional e psicologicamente.

Em tese bem fundamentada (fls. 356/360), o ilustre representante do Ministério Público, Dr. Epaminondas da Costa, defende o restabelecimento do vínculo deôntico da filiação biológica sem a necessidade de ajuizamento de ação judicial específica para este fim.

2 – DO RESTABELECIMENTO DO PODER FAMILIAR

A destituição do poder familiar é uma sanção grave, imposta por sentença judicial, ao pai ou mãe que pratica qualquer um dos atos que a justificam, sendo em regra, permanente.

Porém, vários doutrinadores, dentre eles, Maria Berenice Dias e Maria Helena Diniz, defendem que o seu exercício possa ser restabelecido, se provada a regeneração do genitor

ou se desaparecida a causa que determinou a destituição.

Embora este restabelecimento do poder familiar, defende alguns autores, deva ser manejado através de procedimento judicial, de caráter contencioso, essa curadora, visando agilização das decisões judiciais, através da desburocratização dos procedimentos, tudo isso visando o interesse maior dos adolescentes, coaduna com a tese apresentada pelo douto Promotor de Justiça, Dr. Epaminondas da Costa.

De acordo com essa tese, a coisa julgada não atinge os menores, que não eram partes no processo de destituição. Tampouco, defende o *parquet*, houve o cancelamento do registro civil dos menores, somente averbação da decisão de destituição do poder familiar. Sendo assim, para que seja restabelecido o vínculo jurídico da mãe com os menores, bastaria que os adolescentes, através de curador especial nomeado pelo juízo, requeressem, em juízo, o restabelecimento do assentamento no registro civil, de acordo com o art. 109, da lei 6.015/73.

Corroborando com o entendimento acima, o promotor de justiça, Dr. José Luiz Mônico da Silva em artigo divulgado no “site” do Ministério Público do Estado de São Paulo³, defendeu que:

“Não há, *data venia*, dispositivo legal algum vetando aos pais a possibilidade de requererem ao juiz o restabelecimento do pátrio poder perdido por sentença definitiva. Nem o Código Civil nem o Estatuto da Criança e do Adolescente proíbem, ainda que implicitamente, o restabelecimento do pátrio poder”.

Nesse artigo, o douto promotor trouxe entendimento sobre a restituição do poder familiar, esposado por José Antonio de Paula Santos Neto, em sua monografia “Do Pátrio Poder”⁴:

“Dependerá sempre de ato judicial, devendo o Juiz se certificar, sem dúvidas, da existência de condições absolutamente propícias, inclusive dando ao Ministério Público oportunidade de manifestação. Os pais destituídos, embora possam requerer a restituição, não terão nenhum direito a ela, que será concedida pela autoridade judiciária de acordo com o que for mais proveitoso para o menor”.

Amparada pelos fatos demonstrados nos autos, ou seja, que os adolescentes não têm interesse em serem adotados e já se encontram plenamente adaptados à “re”-convivência com a mãe biológica, e que a mãe, na atualidade, tem condições emocionais e psicológicas de suportar o poder/dever familiar, embora necessite de ajuda material, essa curadora defende que o restabelecimento do poder familiar se dê na forma do art. 109, da Lei 6.015/73.

3 – DA OITIVA DOS ADOLESCENTES

De acordo com o inciso XII, do art. 100, do Estatuto da Criança e do Adolescente, um dos princípios que devem reger a aplicação das medidas em favor dos menores é a:

“XII- oitiva obrigatória e participação: a criança e o adolescente, em separado ou na companhia dos pais, de responsável ou de pessoa por si indicada, bem como os seus pais ou responsável, têm direito a ser ouvidos e a participar nos atos e na definição da medida de promoção dos direitos e de proteção, sendo sua opinião devidamente considerada pela autoridade judiciária competente, observado o disposto nos §§ 1o e 2o do art. 28 desta Lei”.

Por isso, requer que seja designada audiência para a oitiva dos adolescentes, de forma a colher as suas declarações, comprovando-se que os motivos que levaram à perda do poder

familiar da mãe biológica não mais existem e que eles se encontram harmonizados com a volta da convivência familiar.

Dessa forma, ouvidos os menores e restabelecido o poder familiar para a mãe biológica, assegurados estarão os direitos dos adolescentes, dentre outros, aqueles que se referem à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária (art. 4.º, ECA).

5- DA INCLUSÃO DA FAMÍLIA EM PROGRAMA DE AUXÍLIO

Considerando que a família vem sendo ajudada financeiramente com uma cesta básica mensal, conforme informado pela instituição “Missão Criança” (fls. 362), requer que seja providenciada a inclusão da família em “programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente”, para garantir que as necessidades materiais básicas dos adolescentes sejam supridas, conforme dispõe o inciso IV, do art. 101, do ECA.

6- DOS PEDIDOS

Ante o exposto, **REQUER:**

- 1) recebimento e juntada do presente requerimento aos autos, para que produza seus efeitos de direito;
- 2) designação de audiência para oitiva dos adolescentes;
- 3) o restabelecimento do poder familiar, na forma do art. 109, da Lei 6.015/73;
- 4) inclusão da família em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente, conforme dispõe o inciso IV, do art. 101, do ECA.

Pugna pela produção de todas as provas em direito admitidas, especialmente, prova documental, testemunhal e depoimento pessoal dos requerentes.

Requer, desde já, esta curadora especial, o arbitramento dos honorários.

Uberlândia, 18 de fevereiro de 2013.

CARLA CRISTINA DINIZ LADEIRA AMÂNCIO
OAB-MG 136.769

Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais

Autos nº: 0702.06.282465-2

Vistos.

Diante do parecer ministerial de fls. **355/360** e com base nos arts. **141, §1ª**, parte final e **142**, parágrafo único, do ECA, nomeio Curador Especial aos adolescentes C. J. C. B. e L. F. C. B., na pessoa da advogada **Dra. Carla C. Diniz L. Amâncio**, inscrita na OAB/MG sob o nº **136.769** (telefone: **3214- 2637**), que terá vista dos autos, pelo prazo de **48** (quarenta e oito) horas, para manifestar-se sobre a nomeação.

Se aceita a nomeação, dê-se vista à Curadora Especial, para requerer o que entender de direito, no prazo de 10 (dez) dias.

Com a manifestação da Curadora Especial ou certificado o decurso do prazo, dê-se vista ao Ministério Público.

P.I.C.

Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais

Autos nº: 0702.06.282465-2

Vistos.

Designo audiência para oitiva dos adolescentes C. J. Cardoso B. e L. F. C. B. para o dia ___/___/2013, às ___:___ horas.

Intimem-se, pessoalmente, os adolescentes C. J. C. B. e L. F. C. B., na pessoa de sua

genitora J. C. S., residentes no endereço de fl. 343, para comparecimento.

Intime-se a genitora dos adolescentes J. C. S., pessoalmente, no endereço de fl. 343, para comparecimento.

Intime-se a Curadora Especial, Dra. Carla C. Diniz L. Amâncio, via publicação, para comparecimento.

Dê ciência ao Ministério Público.

P.I.C.

Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais

JUÍZO DE DIREITO DA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE DA COMARCA DE UBERLÂNDIA - ESTADO DE MINAS GERAIS

Autos nº 702.06.282465-2

Data: 4.4.2013

TERMO DE AUDIÊNCIA - Aos quatro (4) dias do mês de abril (4) do ano de dois mil e treze (2013), nesta cidade de Uberlândia, Estado de Minas Gerais, no Fórum Abelardo Penna, na sala de audiências do Juizado da Infância e da Juventude, presentes a MM. Juíza de Direito, Dra. Édila Moreira Manosso, o ilustre Representante do Ministério Público, as técnicas do Juízo e a Curadora Especial, Dra. Carla Cristina Diniz Ladeira Amâncio, OAB/MG 136.769. Presentes também os adolescentes e sua genitora. Ouvida, a genitora respondeu que: está trabalhando há quatro anos e quatro meses com carteira assinada; seu ex-companheiro faleceu; além dos filhos que foram destituídos, em número de cinco, a depoente tem outra criança de seis anos, que não foi institucionalizada e que continuou em sua companhia; as três filhas foram adotadas após o processo de destituição; os dois filhos, L., de onze anos e C., de dezesseis anos, ficaram institucionalizados após a destituição, mas não foram adotados; há nove meses lhe foi concedida pelo Juízo a guarda provisória de seus filhos, mesmo destituídos; durante o período de convivência com os Filhos esta se fez de forma saudável e sem nenhum trauma; os filhos se adaptaram bem à nova realidade da depoente e se relacionam bem com a depoente e com sua filha de seis anos; os filhos são obedientes, respeitosos; os filhos estão indo para a escola, sendo que o C. dá trabalho para acordar; os filhos são caseiros e a depoente não está conseguindo nenhuma ajuda da família; a família do pai das crianças também não presta nenhum tipo de ajuda; manifesta expressamente o desejo de ficar com a guarda dos filhos. O **MP** nada perguntou. A **Curadora Especial** nada perguntou. Ouvidos, o adolescente e a criança responderam que: estão bem e desejam permanecer na companhia da mãe; ambos estão estudando, saudáveis; gostam da irmãzinha e estão convivendo bem. O **MP** nada perguntou. A **Curadora Especial** nada perguntou. Com a palavra o MP, assim manifestou: “*MM. Juíza, relatório verbal. O acervo probatório demonstra que o pedido merece integral provimento. Os adolescentes manifestaram-se favoráveis ao pedido. O transito em julgado da destituição do poder familiar não constitui óbice legal ao deferimento do pedido, uma vez que o que deve ser analisado é se a genitora encontra-se em condição de exercer o poder familiar. Restou evidenciado claramente que a requerente modificou integralmente seu comportamento anterior. Assim, o MP requer a V. Exa. julgue integralmente procedente o pedido em relação aos filhos da requerente, inclusive oficiando-se ao CRCPN anulando-se a averbação da destituição do poder familiar*”. Com a palavra a **curadora especial**, assim manifestou: “*MM Juíza, quanto à restituição do Poder Familiar, requeiro seja feito nos termos do art. 109, da Lei 6015 de 1973. Ratifico a solicitação de inclusão da família em programa social e requeiro a fixação de honorários*”. **Em seguida**

pela MM. Juíza foi proferida a seguinte decisão: “Vistos etc.. Trata o presente feito do pedido de restituição do poder familiar de C. J. C. B. e L. F. C. B., filhos de J. C. S., ao argumento de que, após o trânsito em julgado da decisão de destituição do poder familiar de ff. 184/194. os requerentes ficaram abrigados até meados de 2012, não sendo colocados em família substituta, nem adotados. Alegam que após algum tempo a mãe foi impedida de aproximar-se dos adolescentes, sendo que posteriormente, deu-se o restabelecimento do contato entre mãe e filhos desde 22.6.2012, tendo os adolescentes deixado a instituição de acolhimento e ficado sob a guarda provisória da mãe. Conforme relatório da instituição de acolhimento, os adolescentes ‘encontram-se bem e já se adaptaram à sua nova vida com a mãe’. Informa que os adolescentes estão matriculados e frequentes na escola, sendo que a mãe tem trabalho fixo e encontra-se bem equilibrada emocional e psicologicamente. Argumenta que o MP, defende o restabelecimento do vínculo deontico da filiação biológica sem a necessidade de ajuizamento de ação judicial especifica para este fim. Foi realizado o estudo psicossocial, laudo constante às ff. 343/344, sendo favorável ao requerimento autoral. Na presente audiência foram ouvidos a requerente e seus filhos. O MP e a curadora especial pelo adolescente e a criança apresentaram alegações finais. **É o breve relato. Decido.** Considerando a documentação que se acha nos autos a comprovar a identidade, o endereço e bem assim que a genitor a dos requerentes goza de boa saúde física e mental e encontra-se totalmente reabilitada, bem como se apresentam a adolescente e a criança, bem adaptadas à família da genitora, o que se constatou nos depoimentos prestados neste ato, além do parecer Ministerial, o qual opinou pela procedência da ação, e atenta a que se trata de uma decisão que não fará coisa julgada, podendo ser alterada a qualquer momento, inclusive de ofício se isso se mostrar necessário para o bem da criança. Ademais, a Lei 6015 de 1973, no art. 109, caput, prescreve que ‘Quem pretender que se restaure, supra, ou retifique assentamento no Registro Civil, requererá, em petição fundamentada e instruída com documentos ou com indicação de testemunhas, que o Juiz o ordene, ouvido o órgão do Ministério Público e os interessados (...)’. Posto isso, concedo a Guarda “DEFINITIVA” a J. C. S. e a nomeio guardiã da criança e do adolescente, mediante termo de compromisso de bem e fielmente desempenhar o munus na forma do art. 33 e seguintes do ECA, restabelecendo o Poder Familiar. Lavre-se o termo e colha as assinaturas, juntando cópia aos autos. Em vista das alegações e provas produzidas nos autos, determino a expedição de mandado ao CRCPN desta comarca para anulação da averbação da destituição do poder familiar de J. C. S. em relação aos filhos, C. J. C. B., matrícula n°. 0591960155 2002 1 00178 271 0213298 31. do dia 10 de fevereiro de 2010 e L. F. CA. B., * matrícula n°. 0591960155 2002 1 00178 272 0213300 06, do dia 9 de fevereiro de 2010, Fixo os honorário da curadora especial em R\$800,00. Observadas as formalidades legais expeça-se a certidão. Transitada em julgado arquivem-se os autos. Publicado em audiência, ficando intimados os presentes”. Nada mais havendo, encerrou-se o presente termo. Uberlândia, MG, quatro (4) de abril (4) de dois mil e treze (2013). As _____ Édila Moreira Manosso, Juíza de Direito. Eu _____ Robson Gonçalves de Sousa, Oficial de Apoio Judicial, o digitei e assino.

Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais

Autos nº 702 06 282465-2

MANDADO DE AVERBAÇÃO

A DRA.. ÉDILA MOREIRA MANOSSO, MMª. JUÍZA DE DIREITO DA VARA DA INFÂNCIA

E DA JUVENTUDE DA COMARCA DE UBERLÂNDIA, ESTADO DE MINAS GERAIS, na forma da Lei, etc.

MANDA, ao Sr. Oficial do Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais da Comarca de Uberlândia-MG que lhe sendo este apresentado devidamente assinado, PROCEDA AO CANCELAMENTO da DESTITUIÇÃO do Poder Familiar da genitora J. C. S., às margens do Registro de Nascimento dos menores C. J. C. B. matrícula nº. 059196015520021001782710213298-31 e L. F. C. B. matrícula nº. 059196015520021001782720213300-06, tudo de acordo com sentença prolatada por este Juízo, cuja cópia segue anexa. **DETERMINO** ainda que seja enviada a este Juízo cópia da certidão de nascimento devidamente averbada.

Feito sob o pálio da Assistência Judiciária Gratuita, nos termos do art. 141 § 2º do ECA e da Lei 1060/50.

CUMPRASE. Dado e assado nesta cidade e Comarca de Uberlândia, Estado de Minas Gerais, aos oito (08) dias do mês de abril (04) do ano de dois mil e treze (2013). Eu, _____ (Beatriz Nascimento Silva), Técnica de Apoio Judicial, subscrevi.

ÉDILA MOREIRA MANOSSO

Juíza de Direito

¹* Promotor de Justiça no Estado de Minas Gerais

Esta tese foi aprovada, inicialmente, no XXIV Congresso da Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e da Juventude, realizado em Natal-RN, no período de 16/05 a 18/05/2012. Houve pequenas correções no título da tese, com o acréscimo do adjetivo “deôntico” após o substantivo “vínculo”, traduzindo, pois, a expressão “vínculo deôntico”, o conjunto de deveres imanentes à filiação biológica. A conclusão sofreu pequena alteração em sua parte final, resultante de sugestão apresentada na comissão temática, tendo sido acolhida pelo autor da tese, bem como aprovada por todos os presentes. No congresso estadual promovido pela Associação Mineira do Ministério Público, no ano de 2012, na cidade de Araxá-MG, o título era: *Destituição/perda do poder familiar frustrada: restabelecimento jurídico do vínculo deôntico da filiação biológica*. Assim, optou-se agora por título mais simples, mais claro e mais direto.

² Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.

³ http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/cao_infancia_juventude/doutrina/doutrinas_artigos.

⁴ Ed. Revista dos Tribunais, 1994, p. 192.

Captação Ilícita de Sufrágio Mediante oferta, Entrega, Promessa ou Doação de Combustíveis e o Crime de Desobediência Eleitoral

Fábio André Guaragni¹

Patrícia Paula dos Santos²

Resumo

O texto define a captação ilícita de sufrágio mediante abuso de poder, concentrando-se no problema comum de oferta, doação, promessa ou entrega de combustíveis a eleitor com o fim de obter voto. Explora o hábito da Justiça Eleitoral de disciplinar a questão mediante Portarias e finaliza pela exploração das consequências penais possíveis derivadas da violação destas, sobretudo quando a captação ilícita de sufrágio ainda não está aperfeiçoada.

Palavras-chave

Direito Eleitoral – Direito Penal – Direito Penal Eleitoral – Direito Penal Econômico – Direito Penal Ambiental – captação ilícita de sufrágio – abuso de poder econômico.

A Justiça Eleitoral e o Poder Legislativo buscam, por meio de resoluções, portarias e leis, regulamentar o pleito eleitoral, para que haja respeito ao Estado Democrático de Direito e igualdade entre os candidatos.

No Brasil pós-redemocratização, a precária experiência tangente a práticas eleitorais republicanas favoreceu a disseminação, nas disputas eleitorais, de abusos de poder, nomeadamente econômico. Para combatê-los, acresceu-se à Lei 9.504/97 o artigo 41-A. A disposição coíbe a captação ilícita de sufrágio. Veda ao candidato “doar, oferecer, prometer, ou entregar, ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública, desde o registro da candidatura até o dia da eleição, inclusive”. A pena é de multa (mil a cinquenta mil Ufir) e cassação do registro ou do diploma. A regra registra, ainda, que não é necessário haver pedido expresso de voto. Afinal, o texto deixa claro que a obtenção de voto é elemento subjetivo (“com o fim de...”).

Não há dúvida de que este, hoje, é um dos artigos mais temidos pelos candidatos, eis que basta a prova de que a ação do agente influenciou a vontade de um único eleitor. A norma tutela a vontade deste.³

Quando da prática do ilícito, o candidato poderá atuar de forma direta ou indireta, caso em que anui à atuação de terceiro em seu nome. De toda sorte, é imprescindível o liame mínimo entre a benesse dada, ofertada, prometida ou entregue, o candidato e o eleitor⁴. Destaca-se que o terceiro não pratica a conduta de captação ilícita de sufrágio e sim o abuso do poder

econômico (art. 22, Lei Complementar 64/90)⁵. Por outro lado, não é necessário: a) que haja a aceitação da proposta pelo eleitor; b) que este seja identificado. Contudo, é indispensável que a proposta seja para indivíduos determinados ou determináveis. Caso seja para pessoas indeterminadas poderá ocorrer o abuso do poder econômico (art. 22, LC 94/90, antecitado). Estas são as linhas gerais do ilícito eleitoral, bem sintetizadas pelo Tribunal Superior Eleitoral: a captação ilícita de sufrágio ocorrerá quando houver a prática de uma ação (doar, prometer, oferecer e entregar bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza); a existência de um eleitor (determinado ou determinável) e a intenção de obter voto.

Nesse diapasão, busca a Lei garantir o equilíbrio da disputa entre os candidatos. Forma comum de violá-lo é a entrega de combustível a eleitores determinados ou determináveis, com a pretensão de angariar-lhes o voto. Trata-se de usual maneira de captar ilicitamente o sufrágio, segundo regras de experiência e precedentes judiciais. Calha o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral:

INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. DISTRIBUIÇÃO DE COMBUSTÍVEL ATRELADA A PEDIDO DE VOTOS. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. ART. 41-A DA LEI Nº 9.504/97. ABUSO DE PODER ECONÔMICO. ART. 22 DA LC Nº 64/90. CONFIGURAÇÃO. SÚMULAS NOS 7/STJ E 2979/STF. SÚMULA Nº 182/STJ. NÃO PROVIMENTO.

1. A partir da moldura fática do v. acórdão recorrido, ficaram comprovadas a aquisição e a distribuição de combustível, em quantidade expressiva (1.616 litros) e atrelada a pedido de votos, a eleitores do município de Ouro Verde de Minas/MG, por parte da candidata a prefeita, ora agravante.

2. O reconhecimento da captação ilícita de sufrágio, neste caso, não diverge da jurisprudência desta c. Corte que afasta a prática de compra de votos por distribuição de combustível a eleitores para participarem de carreata, quando não houver pedido explícito ou implícito de votos (AgR-RCED nº 726/GO, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 3.11.2009), o que não é o caso dos autos, uma vez que a doação era acompanhada de pedido de voto, não se restringindo à promoção da carreata.

3. No caso, os requisitos do art. 41-A estão evidenciados, uma vez que houve doação de bem (combustível) a eleitores (conduta típica), acompanhada de pedido expresso de votos (fim de obter voto) formulado pela própria candidata beneficiária (participação ou anuência do candidato).

4. Conclusão diversa do e. Tribunal *a quo* demandaria o revolvimento do conteúdo fático-probatório dos autos, procedimento inviável em sede de recurso especial, de acordo com o disposto nas Súmulas nos 7/STJ e 279/STF.

5. Com relação ao abuso de poder econômico, os agravantes se limitaram a asseverar que a conduta (doação de combustível acompanhada de pedido de votos) era lícita, razão pela qual não haveria abuso, não infirmando os fundamentos da decisão agravada, no ponto, atraindo a incidência da Súmula nº 182/STJ.

6. Na espécie, o e. TRE/MG, soberano na análise de fatos e provas, concluiu que a concessão generalizada dessas benesses influenciou na vontade do voto popular ou no tratamento isonômico (equilíbrio na disputa) entre os candidatos - legitimidade das eleições, sobretudo pelo fato de se tratar de um pequeno município,

configurando abuso de poder econômico. Todavia, os agravantes não infirmaram o fundamento segundo o qual decidir diversamente do e. Tribunal Regional demandaria o reexame do conteúdo fático-probatório, inviável nesta instância extraordinária (Súmulas nos 7/STJ e 279/STF).

7. Agravo regimental não provido.

(TSE, Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n.º 35.933, de 10.12.2009, Rel. Min. Felix Fischer) (grifamos)

Note-se que os Tribunais Superiores têm entendido que a distribuição de combustível pelo candidato para seus cabos eleitorais⁶ e para a participação do eleitor em carreatas/passeatas⁷ não configura captação ilícita de sufrágio.

Os Juízes Eleitorais, com o objetivo de coibir os abusos praticados pelos candidatos e facilitar a fiscalização, têm editado, no uso do poder de polícia, portarias que vedam aos postos de gasolina o fornecimento de combustível em galões ou qualquer outro recipiente que não no próprio veículo dos candidatos e das coligações. Quanto às demais pessoas, dispõem que o fornecedor deverá manter o registro discriminado do adquirente e da destinação do produto. Tais portarias explicitam, ainda, que o descumprimento acarretará em crime de desobediência, *ex vi* artigo 347 do Código Eleitoral. Aqui se concentra o cerne deste artigo: constatada a aquisição do combustível com burla à Portaria, em momento bastante distante da oferta, doação, entrega ou promessa do combustível com a finalidade de obter voto, a captação ilícita de sufrágio não está aperfeiçoada. Há, porém, reação punitiva prevista? É possível, efetivamente, fazer uso da norma penal contida no art. 347, C.E.? Vamos à resposta.

A violação de Portaria do Juízo Eleitoral, *per si*, não caracteriza o crime. É preciso mais: o Magistrado deve diligenciar a notificação dos proprietários ou responsáveis pelos postos de gasolina, comunicando-lhes em caráter particular ou pessoal acerca da vedação traçada na Portaria. Afinal, para a caracterização do crime contido no art. 347, C.E.⁸, é necessário que haja diligência, ordem ou instrução direta, individualizada e inequívoca⁹. É que a desobediência dá-se diante de ato de efeitos concretos do juízo. Ofício com destinação pessoal, informativo do teor da Portaria, constitui diligência que possibilita ao destinatário a exata compreensão do que é vedado, estruturando o elemento cognitivo do dolo correlato ao descumprimento de “diligências, ordens ou instruções” da Justiça Eleitoral¹⁰. Estas, a seu turno, constituem os objetos materiais do tipo penal.

Não se discute que a portaria é uma instrução da justiça eleitoral para coibir abuso ou burla no processo eleitoral. Porém, editada de forma geral e abstrata, não serve como objeto material do delito em tela. Bem pontua MARCOS RAMAYANA: “a ordem genérica não é típica”¹¹. Mas, a partir do momento em que o responsável é notificado da determinação legal, o descumprimento desta *diligência* configura o crime de desobediência¹², pois se delinea um dos objetos materiais do tipo objetivo. De outro lado, firma-se o dolo, enquanto elemento do tipo subjetivo, ou seja, a vontade de recusar cumprimento ou obediência a diligência, ordens ou instruções da Justiça Eleitoral¹³.

Assim, há incidência do art. 347, C.E., quando o responsável for notificado pelo Juízo Eleitoral acerca da vedação de venda de gasolina prevista em Portaria própria e deixar de

cumprir a diligência da Justiça Eleitoral, distribuindo o combustível em galões ou recipientes diversos a candidatos, diretamente ou por pessoa interposta, ou coligações. Mais: o candidato e as pessoas interpostas podem responder pela desobediência mediante participação, ainda que a diligência seja dirigida a proprietários de postos de gasolina, bastando que estejam subjetivamente vinculadas ao proprietário-vendedor (cientes da vedação, burlam a Portaria por acordo de vontades), deem causa ao evento (nexo causal, por não haver a desobediência acaso não adquiram combustível) e intensifiquem o risco de violação à administração da justiça eleitoral (pela mesma aquisição irregular de combustível). Com isto, haverá pluralidade de agentes na mesma infração penal do art. 347, C.E., aperfeiçoando-se todos os requisitos da participação.

Enfim, Portarias como estas, que disciplinam a venda de combustíveis em período pré-eleitoral, reforçam a ideia de que o candidato deverá captar o voto do eleitor de maneira lícita, por meio de comícios, passeatas, reuniões, etc., oportunidade em que irá expor suas ideias e convencer o eleitor, finalidade do processo eleitoral. Convém, para não serem burladas, que Juízes Eleitorais de zonas contíguas elaborem-nas (do contrário, adquire-se o combustível em local não coberto pela Portaria). Mais: impõe-se a realização de reuniões com os responsáveis pelos postos de gasolina e presidentes das coligações e partidos, em caráter informativo.

As situações concretas de vendas de combustíveis em galões ou recipientes impróprios podem levar, ainda, à caracterização de outros crimes. A aquisição, distribuição e revenda de derivados de petróleo em desacordo com normas legais constitui crime contido na norma penal em branco do art. 1º, I, Lei 8.176/90. De outro lado, a comercialização, fornecimento, transporte, armazenamento de produtos ou substâncias tóxicas, perigosas ou nocivas à saúde humana ou ao meio ambiente (a exemplo de combustíveis), em desacordo com leis ou regulamentos, constituem – dentre outras – condutas tipificadas no art. 56 da Lei 9.605/98. É comum, aqui, que os galões ou recipientes inadequados, carregados de combustível adquirido para captação ilícita de sufrágio, fiquem abrigados em locais desprovidos de todos os requisitos de segurança alusivos à guarda de combustíveis. Os sujeitos ativos incidem, inelutavelmente, no crime ambiental.

Na suma: violar Portaria, constitutiva de comando geral e abstrato (ato legislativo anômalo, oponível *erga omnes*), não caracteriza desobediência, na forma do art. 347, C.E.. Porém, a expedição de ofício aos responsáveis ou proprietários dos postos de gasolina informando acerca do conteúdo da portaria é “diligência” com traço individual e específico. A respectiva desobediência caracteriza conduta típica, pela via do art. 347, C.E. Os casos concretos podem revelar, ainda, a prática de crimes diversos, situados no campo do direito penal econômico e do direito penal ambiental, como os tipos previstos nos arts. 1º, I, Lei 8.176/90 e 56, Lei 9.605/98.

Bibliografia citada e/ou consultada:

Advogado. Sócio de Motta & Soares – Advocacia & Consultoria S/C. Ex-Juiz de Direito.

Professor do CCJUR/Cesmac, em Alagoas. Disponível em:<

http://www.paranaeleitoral.gov.br/artigo_impresso.php?cod_texto=176> Acesso em.: 10 set. 2012.

AMORIM, Caroline Maria Pinheiro. Captação de sufrágio. **Jus Navigandi**, Teresina, [ano 8, n. 140, 23 nov. 2003](#). Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4532>>. Acesso em: 10 set.

2012.

GOMES, Suzana de Camargo. **Crimes eleitorais/ Suzana de Camargo Gomes**. – 4. Ed. Ver., atual., e ampl. – São Paulo: Editora: Revista dos tribunais, 2010, p. 262 a 269.

MEDEIROS, Marcílio Nunes. Reflexos penais da utilização de simuladores de urnas eletrônicas. **Jus Navigandi**, Teresina, [ano 9, n. 212, 3 fev. 2004](#). Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4631>>. Acesso em: 10 set. 2012.

PIRES, Márcio Rodrigo Kaio Carvalho. Compra de votos (art. 299, CE) x captação ilícita de sufrágio (art. 41-A, LE) x abuso do poder econômico (art. 14, § 10, CF). **Jus Navigandi**, Teresina, [ano 15, n. 2676, 29 out. 2010](#). Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17722>>. Acesso em: 10 set. 2012.

RAMAYANA, Marcos. **Leis Penais Especiais Comentadas**. Niterói: Impetus, 2007.

[1](#) O autor é Promotor de Justiça no Estado do Paraná, Doutor e Mestre em Direito das Relações sociais pela UFPR, Professor de Direito Penal do Unicuritiba, Fempar e EMAP-PR.

[2](#) A autora é Promotora de Justiça no Estado do Acre, Especialista em Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos pela UNAMA.

[3](#) TRE-CE, Recurso Eleitoral nº 958152967, de 17.12.2012. Rel. Juiz Raimundo Nonato Silva Santos.

[4](#) TSE, Recurso Ordinário n. 2.098, de 16.6.2009, Rel. Min. Arnaldo Versiani Leite Soares.

[5](#) TRE-CE, Investigação Judicial Eleitoral n. 11.004, de 17.11.2003, Rel. Des. José Eduardo Machado de Almeida.

[6](#) Processo:REC 25838 SP Relator(a):PAULO ALCIDES AMARAL SALLES Julgamento: 19/04/2007 Publicação: DOE - Diário Oficial do Estado, Data 26/04/2007, Página 194. O próprio julgado REE 35.933 faz este registro, no item 2 da ementa.

[7](#) Acórdão de 30/08/2011; Relator(a) Min. FÁTIMA NANCY ANDRIGHI; Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 22/09/2011, página 54.

[8](#) Art. 347, C.E.: Recusar alguém cumprimento ou obediência a diligência, ordens ou instruções da Justiça Eleitoral ou opor embaraços à sua execução: Pena: detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano e pagamento de 10 (dez) a 20 (vinte) dias-multa.

[9](#) V. RHC 42, Americana, SP. DJ de 24.05.2002, JTSE, v. 13, n. 3, pp. 11-312, jul/set. 2002, Relatora Min. Ellen Gracie, apud RAMAYANA, Marcos. *Leis Penais Especiais Comentadas*. Niterói: Impetus, 2007, p. 122.

[10](#) TRE-MG n. 2385, de 07/08/08, publicada no DJEMG de 19/09/08, Rel. Juiz Renato Prates Martins.

[11](#) RAMAYANA, Marcos. *Leis Penais Especiais Comentadas*. Niterói: Impetus, 2007, p. 120.

[12](#) TRE-MS n. 5591, De 20/11/2007, publicada no DJ de 03/12/2007.

[13](#) TRE – MG na AP n. 1082007, de 30/03/09, publicada no DJEMG de 07/04/09. Rel. designado juiz Benjamin Alves Rabello Filho.

Garantia dos direitos constitucionais de meio ambiente requer atuação coletiva do MP para realização de políticas públicas ambientais

*Geraldo Margela Correia**

1. Introdução

Buscando realizar o desiderato constitucional de guardião ou fiscal da lei, a ação do Ministério Público tem pauta extensa quanto extensa é a pauta estabelecida na Constituição de 88 e na legislação a ela conformada. Isto se dá em todas as áreas de atuação, mormente e mais especificamente, naquelas que constituem especializações trazidas pelo estabelecimento dos direitos difusos e coletivos. A especialização legislativa conduziu o Ministério Público ao estabelecimento de centros de apoio operacionais às promotorias de defesa de temas como cidadania, saúde coletiva, infância e juventude, idosos, patrimônio público e social, habitação e urbanismo e meio ambiente e patrimônio histórico e cultural, criando tais promotorias especializadas ou pondo na pauta dos promotores de justiça sem promotorias especializadas os temas, enfrentando-os como generalistas que tratam de todas as matérias em promotorias de justiça de cidades com problemas em menor escala, mas não menos importantes.

As questões ambientais são graves e necessitam de abordagem profissional em que não é apenas suficiente o conhecimento jurídico, sendo necessário ampliar os horizontes científicos e técnicos e ,de outro lado, obter capacitação para liderar abordagens multiprofissionais, conduzindo equipes interinstitucionais para a realização das políticas postas em lei, inter-relacionando tais políticas em território naturalmente delimitado.

O que interessa entender é que não podemos tratar as questões ambientais como se fossem isoladas, cada uma de per si, mas encontrar formas de interligá-las , o que implica na integração das políticas públicas referentes aos assuntos ambientais.

É nossa pretensão demonstrar nos próximos tópicos que o \Ministério \Público, por seus promotores e procuradores de justiça, pode ser a instituição catalisadora dos esforços do poder público e da sociedade para obtenção de melhores resultados na realização das políticas públicas postas e, até mesmo, na construção de novas políticas que se evidenciem necessárias à proteção dos bens ambientais essenciais por si mesmos e para garantia da permanência dos seres humanos no ambiente terrestre.

2. Desenvolvimento:

2.1. Constituição e meio ambiente

Meio Ambiente é expressão cunhada para o “conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica , que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”¹.

A Constituição Federal de 1988 em seu art. 225 afirma que o bem jurídico ambiental é “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”. Tem, assim, a natureza jurídica de direito difuso.² Não há relação jurídica entre os titulares de tais direitos; o liame entre eles apenas se dá por circunstâncias de fato. A população que vive em uma bacia hidrográfica tem inegável interesse sobre tal ecossistema, não havendo, entretanto, qualquer relação jurídica-base que estabeleça direitos e obrigações de uns para com outros; apenas a circunstância de fato de habitarem no mesmo ecossistema é capaz de gerar para cada um deles um direito difuso a sua manutenção como “bem de uso comum e essencial à sadia qualidade de vida” tal qual estabelecido na Constituição. A não ser que o dano o atinja diretamente, não é o interessado difuso legitimado a agir em nome dos demais para a obtenção de provimento jurisdicional visando a reparação adversamente ao poluidor ou degradador ambiental.

Sendo bem de uso comum do povo é, por isso, da categoria dos bens públicos, não no sentido de bens de domínio público (pois há bens ambientais sob domínio privado), mas no sentido de que estão submetidos ao interesse comum, daí decorrendo, por exemplo, a integração do respeito ao meio ambiente como componente da função social da propriedade.³

O caráter de essencialidade do meio ambiente para a sadia qualidade de vida transforma-o em direito fundamental, qualquer ataque a ele sendo levado à conta de grave violação à vida humana, capaz, assim, de gerar responsabilidade para o agressor, que a Constituição institui em tríplice tutela para marcar firmemente a proteção que a eles se deve dar.

A própria atividade econômica, qualquer que seja, integrará a componente ambiental em princípio ao qual deve subordinar-se.⁴

Na Constituição estão as regras de competência legislativa e de proteção aos bens e recursos ambientais, trazendo determinações ao legislador de complementá-las e de dar-lhes efetividade por meio de leis ordinárias, algumas preexistentes, que a ela devem adaptar-se.

A Constituição Federal de 1988, assim, recepcionou a legislação ambiental sempre que compatível com suas determinações e, mais ainda, com o espírito protetivo que a inspirou, dificulta que tal legislação possa vir a desproteger os bens ambientais, cabendo ao Poder Público e à Sociedade a responsabilidade de dar à Constituição e à legislação ambiental a efetividade de suas normas e a efetiva proteção ao meio ambiente.

2.2. Lei e política pública

O instrumento que o legislador utiliza para estabelecer políticas públicas, com sua origem, de modo geral, em proposta do Executivo, é a lei. Os temas são os mais diversos, de sorte que vamos pinçar aqui as políticas de nosso interesse, que são as políticas públicas ambientais. Mesmo considerando apenas as políticas públicas ambientais, percebemos que também são diversas. Podemos elencar a proteção da biodiversidade, o saneamento ambiental básico, o tratamento de resíduos das mais variadas fontes, a proteção das florestas e formas de vegetação, a proteção das águas desde suas fontes até seus exutórios, a defesa das áreas de preservação permanente com as funções que a ciência descreve para fundamentar sua importância e necessidade, a defesa dos biomas como *habitat* necessários ao estabelecimento e proteção da biodiversidade e redução da poluição inclusive pelas substâncias que produzem o efeito estufa e o conseqüente aquecimento global.

As leis que regem as políticas públicas são instituídas em conformidade com as competências de cada esfera da Federação. Assim, por exemplo, é que existem a Lei Federal

de Resíduos Sólidos, as leis estaduais de Resíduos Sólidos, ambas determinando aos municípios princípios e regras para tratamento de tais resíduos em seu território, inclusive determinando que os municípios privilegiem os consórcios para melhor efetivação das políticas estabelecidas.

Tais leis deveriam fundamentar-se em conhecimento científico estabelecido, e algumas parece que assim foram construídas, de modo a obter assentimento dos cidadãos às suas proposições em face de sua racionalidade.

Isto posto, após estabelecidas tais políticas nas leis aprovadas no Legislativo e sancionadas pelo Executivo, dá-se a necessidade dos órgãos de execução, da sociedade e dos órgãos de controle, avultando o Ministério Público dentre outros, praticarem o que a lei determina. Tal prática deve resultar em projetos aprovados e realizados para impedir ataques ao meio ambiente e/ou recuperar ambientes degradados ou desfigurados de suas características, em função das quais merecem proteção.

A atuação do Ministério Público tem sido, em regra, a resposta a demandas de atores sociais que trazem a ele suas angústias, com solicitações de atuação em razão da paquidérmica inércia do estado gestor. Convém que ele também planeje suas ações de forma a integrar diversas políticas, buscando uma base territorial natural, assumindo papel de liderança, dada sua indeclinável missão de *custos legis*.

Dentre as leis ambientais avultam por sua abrangência e importância a Lei 6.938 de 31.08.1981, da Política Nacional de Meio Ambiente, a Lei 7.347 de 24.7.1985, da Ação Civil Pública e de outros instrumentos de atuação, como o Inquérito Civil Público e o Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta, este introduzido pela Lei 8.078 de 11.09.1990.

Outras leis importantes também por estabelecerem políticas públicas ambientais mais abrangentes são: Lei 9.433 de 8.1.1997 (de recursos hídricos); Lei 9.605 de 12.2.1998 (crimes ambientais); Lei 9.795 de 27.4.1999 (Educação Ambiental); Lei 9.895 de 18.7.2000 (Unidades de Conservação); Lei 10.257 de 10.7.2001 (Estatuto da Cidade); Lei 10.519 de 17.7.2002 (Defesa sanitária animal); Lei 11.105 de 24.3.2005 (Biossegurança);.....

2.3. Eficácia e efetividade da lei que estabelece política pública ambiental

2.3. A - Eficácia Jurídica

Normas Constitucionais são normas jurídicas integrantes da Constituição e que realizam a criação do Estado e sua organização político-administrativa, estabelecendo, ainda, direitos fundamentais e obrigações do cidadão em face do mesmo.

Como normas de direito, as normas constitucionais são dotadas das notas distintivas próprias em relação a outras normas de conduta social, tais como as relativas à religião, à moral e aos usos sociais. Assim, tem-se como certo que elas são possuidoras de exterioridade, significando que a norma jurídica diz respeito a condutas humanas exteriorizadas, capazes de produzir efeito em relação a outrem; possuem também a característica da heteronomia, no sentido de que são impostas, independendo de escolha individual; outra característica é a alteridade da norma, ou seja, o direito sempre diz respeito à conduta de alguém relacionada a uma outra pessoa, ao contrário da norma moral que diz respeito ao aperfeiçoamento do próprio indivíduo, isto a fazendo dotada, assim, de identidade; a coercitividade é a nota característica do direito pela qual ele se faz valer, seja por obediência voluntária, seja forçadamente, sendo consequência desta característica a possibilidade de aplicação de sanções previstas na própria norma jurídica; por fim, ainda há a característica da

bilateralidade pela qual, sendo o direito o estabelecimento de relações entre ao menos duas pessoas, estabelece direitos e obrigações nessas relações⁵.

Dizer que as normas constitucionais valem, é o mesmo que reconhecer que elas são dotadas de eficácia, positiva no sentido de que seus comandos devem ou têm a possibilidade de surtir efeitos e negativa, no sentido de que, ao menos, não pode o legislador editar norma que lhe seja contrária, sob pena de ser expurgada do sistema jurídico que se considere. A eficácia jurídica, destarte, diz respeito ao fato de que as normas jurídicas e, assim, também as constitucionais são eficazes, isto é, se fazem valer surtindo seus efeitos na sociedade na qual existem.

A Constituição e as leis são dotadas de eficácia jurídica, isto é, seus comandos podem ser utilizados para forçar recalcitrantes a cumprir o que nelas se encontra determinado.

O comando de nossa Constituição que afirma que “todos são iguais perante a lei”⁶ tem eficácia jurídica, nada obstante sermos na prática uma sociedade tão desigual e profundamente injusta; entretanto a existência deste comando na Constituição possibilita a qualquer do povo insurgir-se contra as desigualdades e as injustiças, buscando socorro nas instituições contra práticas e leis que acobertem, mesmo que veladamente, essas desigualdades.

Podemos dizer, então, que eficácia jurídica é a aptidão das normas jurídicas de produzir todos os efeitos de sua previsão, não significando que esses efeitos efetivamente se cumpram. Para explicar isto, deve-se recorrer a outro conceito que é o de eficácia social ou efetividade da norma jurídica.

2.3. B - Eficácia Social ou Efetividade

A eficácia social das normas constitucionais, ou seja, o fato de elas efetivamente surtirem os efeitos previstos, nem sempre ocorre como desejado e no tempo necessário. Distinguimos, então, eficácia, *tout court*, de efetividade que vem a ser o mesmo que eficácia social. A efetividade é a qualidade da norma que a faz ser obedecida e que tem seus comandos realizados na sociedade, de forma espontânea por aqueles a quem ela se dirige ou forçadamente quando os obrigados se quedam inertes.

É o caso, por exemplo, em que a Constituição manda editar lei sobre determinado tema e o legislador desconsidera tal comando, por qualquer que seja o motivo. Deixa a norma constitucional de ser efetiva, a menos que algum movimento social ou órgão de controle da legalidade force o legislador a obedecer ao comando utilizando instrumento de correção instituído na própria Constituição.

Grande parte das normas constitucionais é autoaplicável, isto é, não exige e não pede complementações em graus inferiores de normas, permitindo aos órgãos de controle agirem independentemente da edição de normas infraconstitucionais.

A efetividade, pois, pode ser conseguida por obediência espontânea do cidadão ou por meio de ações dos órgãos legitimados de controle que consigam sua implementação ou as sanções consequentes ao inadimplemento.

A eficácia social refere-se não apenas à aptidão das normas de gerarem seus efeitos no mundo jurídico, mas de efetivamente eles se concretizarem no seio da sociedade, ou seja, não apenas existe o comando legal perfeito e acabado, mas ele tem efetividade, é realmente cumprido, não existe apenas para figurar em um comando legal para a satisfação perante os outros de dizer que, por exemplo, tem-se a mais avançada legislação ambiental do planeta,

mas poucos levarem em conta tal legislação na prática social.

O que constitui a eficácia social ou a efetividade é que haja sintonia entre a palavra da lei e o mundo dos homens e das coisas; é que suas determinações sejam queridas e cumpridas, porque a lei é produto de um consenso social sobre seu conteúdo.

Tratando desta matéria Maria Helena Diniz afirma: **“Consiste a eficácia no fato real da aplicação da norma, tendo, portanto, um caráter experimental, por se referir ao cumprimento efetivo da norma por parte de uma sociedade, ao reconhecimento dela pela comunidade, no plano social, ou, mais particularizadamente, aos efeitos sociais que ela suscita pelo seu cumprimento. A eficácia social seria a efetiva correspondência da norma ao querer coletivo, ou dos comportamentos sociais ao seu conteúdo”**, apoiando-se em Tércio Sampaio Ferraz Jr. e em Miguel Reale, citados⁷.

A busca da efetividade das leis é tarefa que incumbe aos órgãos estatais e à sociedade que é a origem do poder estatal. O Ministério Público é exemplo de órgão estatal que recebeu explicitamente o múnus de guardião da legalidade e, assim, de efetivar sua implementação por si ou pelo acionamento dos instrumentos que a lei põe a seu dispor para obrigar os responsáveis a dar-lhes efetividade.

Tais assertivas valem para a eficácia e efetividade da legislação ambiental estabelecida de políticas públicas, gerais ou específicas, como a determinação do desempenho dos órgãos públicos e do próprio Ministério Público para o estabelecimento e a gestão eficaz dessas políticas.

2.4. Atuação do Ministério público em busca da efetividade das políticas públicas ambientais sob novos paradigmas

A questão da água toma a cada dia maior relevância no cenário mundial em face da recente consciência de sua finitude como recurso essencial à vida, especialmente a vida humana.

Problemas graves existem representados pela atual insuficiência de água relacionada à população, sabendo-se que nada menos que 1.100.000.000(1,1 bilhão) de pessoas não dispõem de água potável, sabido, ainda, que mais de dois bilhões de pessoas não são servidas por sistema de saneamento, não dispendo de instalações sanitárias⁸.

A atual população mundial é estimada em 6 bilhões de pessoas, prevendo-se que por volta de 2050 a Terra contará com uma população prevista de cerca de 12 bilhões de habitantes.

Confrontando o cenário atual em que cerca de 1/3(um terço) da população mundial enfrenta as graves dificuldades de falta de água potável e saneamento, certamente o cenário futuro será de calamidade, sendo mais que provável o agravamento das tensões internacionais não apenas em razão da escassez de produtos energéticos, mas em razão da falta de água, com importantes conflitos pelo domínio da escassa água doce do planeta, que além do mais vem sendo degradada nos mais variados ecossistemas pelo lançamento de efluentes os mais diversos, de esgoto não tratado a metais pesados provenientes de fábricas, como também de produtos químicos contaminantes, fontes de doenças para os seres humanos, além de causarem graves desequilíbrios à biodiversidade, prevendo-se grave estresse de água já para o ano 2025, ano em que com alta probabilidade cerca de 4 bilhões de pessoas não terão acesso a água tratada.

Um dos Objetivos de Desenvolvimento para o Milênio, da ONU, nada obstante o cenário acima bosquejado é reduzir à metade a população sem acesso à água potável até o ano de 2015. Sendo um bem essencial à vida, não dá para entender desenvolvimento nem justiça com

a falta da mesma, pois sem ela não há sustentabilidade.

No caso do Brasil, que detém cerca de doze por cento (12%) da água doce do planeta, graves problemas também estão presentes, com início na má distribuição geográfica da mesma, além da desigualdade de acesso, que reproduz o dualismo básico da sociedade brasileira.

O Brasil é classificado como país rico em matéria de água doce, uma vez que apresenta uma oferta de água de 33.841 m³/ano *per capita*⁹. Entretanto, não temos distribuída, equitativamente, a água existente, seja pela própria natureza (do total de água doce do Brasil que detém 12% da água doce mundial, 68% se concentra na Região Amazônica que abriga menos de 5% da população brasileira, contra o que ocorre na Região Nordeste que abriga cerca de 13% da população brasileira na qual a água corresponde a apenas 0,5% da existente no Brasil, seja pelo fato de que o acesso a água tratada está restrito a cerca de (encontrar fonte correta) da população, sendo que na zona rural ela é quase inacessível, além da concentração do uso da água nas atividades de irrigação (cerca de 70%), atividades ainda em franco incremento de áreas.

A Agenda 21, documento produzido na Conferência das Nações Unidas para o Desenvolvimento e Meio Ambiente (CNUMAD-RIO92), mais conhecida como RIO-92, traz em seu capítulo 18 um tratamento específico sobre recursos hídricos (Proteção da Qualidade e do Abastecimento dos Recursos Hídricos: Aplicação de Critérios Integrados no Desenvolvimento, Manejo e Uso dos Recursos Hídricos), no qual propõe sete áreas de programas com referência às águas doces: desenvolvimento e manejo integrado dos recursos hídricos; avaliação dos recursos hídricos; proteção dos recursos hídricos, da qualidade das águas e dos ecossistemas aquáticos; abastecimento de água potável e saneamento; água e desenvolvimento urbano sustentável; água para produção sustentável de alimentos e desenvolvimento rural sustentável e impactos da mudança do clima sobre os recursos hídricos¹⁰, cada programa comportando a previsão de itens referidos como base para ação, objetivos, atividades e meios de implementação.

Tais áreas de programas se relacionam com bacias hidrográficas, ecossistemas naturalmente integrados e completos, nas quais os fenômenos que ocorrem têm reflexos mediatos e imediatos nos recursos hídricos. A bacia hidrográfica é um território delimitado por acidentes geográficos que fazem com que toda a água, meteórica, superficial e grande parte da subterrânea, escoem em busca de um único exutório, que é o seu rio principal.

O território brasileiro compreende um sem número de bacias hidrográficas, reunidas sob denominações correspondentes às grandes regiões hidrográficas brasileiras. São elas: Região Hidrográfica Amazônica; Região Hidrográfica Tocantins – Araguaia; Região Hidrográfica do Paraguai; Região Hidrográfica Nordeste Ocidental; Região Hidrográfica do Parnaíba; Região Hidrográfica Atlântico Nordeste Oriental; Região Hidrográfica do São Francisco; Região Hidrográfica Atlântico Leste; Região Hidrográfica Atlântico Sudeste; Região Hidrográfica do Paraná; Região Hidrográfica do Uruguai e Região Hidrográfica do Atlântico Sul.¹¹

O Estado de Pernambuco tem seu território situado nas grandes Regiões Hidrográficas Atlântico Nordeste Oriental e do São Francisco, tendo cerca de 2/3 de seu território situado na Bacia Hidrográfica do São Francisco da qual são tributárias diversas sub-bacias (Pajeú, Moxotó, Garças, Brígida, Terra Nova e Pontal) cujos exutórios deságuam no Rio São Francisco. As bacias que deságuam diretamente no Oceano Atlântico (todas situadas na

Região Hidrográfica Nordeste Oriental, têm suas nascentes no Agreste pernambucano, passando e tendo sua foz na Zona da Mata: A Bacia Hidrográfica do Capibaribe, a do Rio Goiana, a do Rio Ipojuca, a do Rio Una, além de outras de menor expressão como a do Rio Sirinhaém, a do Rio Pirapama e a do Rio Jaboatão).

Pernambuco é entre os Estados Brasileiros o que apresenta a menor disponibilidade hídrica e, bem ainda, volume acumulado de água, não se conhecendo a prática de qualquer política ou plano governamental para melhoria dessa situação¹². Noticia-se a elaboração de um plano estadual de recursos hídricos que deve ainda passar pelo crivo do Conselho Estadual de Recursos Hídricos - CRH, levando ainda tempo para sua aprovação, bem como a geração dos consequentes planos de bacia hidrográfica¹³.

Falta a compreensão da necessidade de implementação da legislação ambiental no espaço territorial natural da bacia hidrográfica, de sorte que programas e projetos são organizados e aplicados em regiões do Estado sem levar em conta essa realidade que a Lei nº 9.433/97 considera como o território de gestão natural da água e, em consequência, dos outros recursos naturais, já que todos estão correlacionados.¹⁴

As assertivas postas em relação a Pernambuco, também valem para todo o contexto nacional, no qual, com poucas exceções, existe já algum trabalho no sentido da integração das políticas públicas ambientais ao contexto das bacias hidrográficas, sendo as questões trabalhadas como realidades estanques.

Esta é a realidade a ser enfrentada por uma política institucional do Ministério Público Brasileiro, buscando persistente e continuamente obter o concurso do Estado e da Sociedade para a integrada implementação da legislação ambiental(neste passo, diga-se que em 2010 a então Secretaria de Ciência, Tecnologia e Meio Ambiente do Estado de Pernambuco publicou documento intitulado AS POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS DE PERNAMBUCO, em que aborda as políticas pensadas para cada ecossistema do Estado de obter sua implantação)

Nela se pensa o enfrentamento das fragilidades constatadas (desertificação, mudanças climáticas, florestal e resíduos sólidos), indicando que as políticas ambientais devem ter conexão, transversalidade, planejamento e participação social (págs. 19 a 23). Não se estabelece que o eixo da conexão sejam as bacias hidrográficas, apesar de informar no item que se refere ao combate à desertificação na parte de princípios que “ a gestão participativa permanente e integrada dos recursos hídricos, visando à sustentabilidade das bacias hidrográficas, que devem ser utilizadas como unidades de planejamento de políticas públicas e projetos privados(pág. 25)

Ao que se saiba, tais políticas e a integração delas ao eixo “bacia hidrográfica” ainda não apresentaram resultados perceptíveis e muito menos, satisfatórios.

3. Conclusões articuladas

É tempo de concluir e as conclusões serão claras e breves, mas articuladas:

1. As leis existem e são boas leis; as políticas estão estabelecidas, pois, mas há uma inércia a exigir controles para que tais políticas, especialmente as ambientais, ultrapassem as fases de legislação e formulação de planos e projetos com a aplicação efetiva de seus dizeres. Sabemos também que outras dificuldades se apresentam quanto exigências de

efetividade forçam os gestores públicos a tomarem medidas que, mexem com a realidade posta, como o afã de legisladores em modificações as leis para atender demandas que, ao final, são contraproducentes ao meio ambiente e à própria sociedade.

2. Tarefa importante se reserva ao Ministério Público neste atuar, sendo órgão fiscal da lei, pode e deve exigir dos poderes públicos competentes a implementação dela, inclusive nos prazos referidos em seus dispositivos, o que exige do órgão ministerial conhecimento não apenas da legislação, mas das questões técnicas envolvidas, podendo, até mesmo, assumir liderança em momentos importantes do processo de desenvolvimento das políticas ambientais.
3. No caso das políticas ambientais é importante ter clareza para entender que elas ganham em qualidade e melhor direcionamento quando as bacias hidrográficas são “ utilizadas como unidades de planejamento de políticas públicas e projetos privados”, como visto no corpo da tese, além de fortalecer o Ministério Público como vanguarda das políticas públicas, no sentido de sua indução por parte dos responsáveis legalmente estabelecidos, atuando de forma articulada e coletiva.
4. É Fundamental para o êxito das políticas referentes às bacias hidrográficas, o estabelecimento de Núcleos Executivos de Apoio Ambiental de Bacias Hidrográficas como *longa manus* do Centro de Apoio às Promotorias de Justiça de Meio Ambiente e do Patrimônio Histórico e Cultural, tendo seus coordenadores também a possibilidade de atuação executiva conjunta ou separadamente com os promotores de justiça das promotorias da bacia hidrográfica que se considere.

¹ Inc. I do Art. 3º da Lei nº 6.938/81

² Ver definição que se extrai do art. 81, Parágrafo Único, Inciso I da Lei nº 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor.

³ ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. 3ª Ed. São Paulo: Lumen Juris, 1999, pág. 20.

⁴ Art. 170, inc. VI – *defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação* (redação dada pela EC nº 42/2003).

⁵ Síntese com base em ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002, págs. 23 e 24.

⁶ Art. 5º da CF 88: “*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade nos termos seguintes: ...*”.

⁷ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2000, pág. 393.

⁸ Ver CAUBET, Christian Guy. *A Água, A Lei, A Política... E O Meio Ambiente ?*. Curitiba: Juruá, 2005, pág. 19.

⁹ REBOUÇAS, Aldo da Cunha. *Proteção dos Recursos Hídricos*. In: BENJAMIN, Antonio Herman V. (Org.). *Direito, Água e Vida*. São Paulo: Imprensa Oficial, vol. 1, 2003, pág. 248

¹⁰ SENADO FEDERAL. *Agenda 21. Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento.*, 2ª Ed. Brasília, 1997, capítulo 18, págs. 331 a 374.

¹¹ ANA - Agência Nacional da Água. Informação obtida no sítio eletrônico <http://www.ana.gov.br/> (pesquisa em 08 de fevereiro de 2006).

¹² Anote-se a existência de Plano Estadual de Recursos Hídricos - PE, dado a conhecimento ainda no ano de 1998, ainda no terceiro Governo Arraes, sem avanços em sua aplicação nesse governo ou no seguinte a ele. Em verdade o Estado tem sido mestre na realização de diagnósticos que não têm servido à feitura de planos com reflexos na realidade socioambiental.

¹³ A minuta de Plano Estadual de Recursos Hídricos pode ser encontrado em www.sectma.pe.gov.br e reproduz, atualizando o Plano de 1998, louvável, nesse passo, o que não lhe confere melhor destino, uma vez que deverá ser aprovado também em ano final de gestão governamental, não havendo garantia de sua efetividade.

¹⁴ Lei 9.433/97, art. 1º (sobre os fundamentos da Política Nacional de Recursos Hídricos) dispõe no inc. V- “*a bacia hidrográfica é a unidade territorial para implementação da Política Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos*”, dispositivo que vem repetido na Lei Estadual de Recursos Hídricos em seu art. 2º (igualmente tratando dos fundamentos), inciso V “*a bacia hidrográfica é a unidade territorial para implementação da Política Estadual de Recursos Hídricos e para atuação do Sistema Estadual de Recursos Hídricos*”- Lei nº 12.984 de 30 de dezembro de 2005.

* Promotor de Justiça de Meio Ambiente do Recife - PE

Isenção Tributária do IRPF: A Identidade de um Direito Individual e Social Indisponível

*José Aparecido Rigato**

Síntese Dogmática

Ministério Público e isenção tributária. Construindo identidades, cabe reconhecer que não são poucos os fundamentos jurídicos de que todos os portadores de doença grave elencada na Lei 7.713/88, art. 6º, XIV, estão isentos do imposto de renda da pessoa física, independentemente de sua posição funcional (não cabendo discriminar se ativa ou inativa). Eílos: i) princípio da dignidade humana, ii) princípio da isonomia, iii) direito fundamental a saúde, iv) direito individual e social indisponível ao trabalho v) princípio da capacidade contributiva, vi) princípio da legalidade vii) princípio da progressividade, viii) princípio da proporcionalidade, e ix) princípio da razoabilidade.

Construindo sua identidade ao longo de 25 anos, em seu cotidiano extra¹ e/ou judicial como órgão agente ou interveniente, o Ministério Público brasileiro tem se destacado na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. E nesta data e bela cidade de Natal-RN, o XX Congresso Nacional de uma das instituições essenciais à administração da justiça coincide também com os 25 anos de construção de uma outra identidade: a do direito indisponível a isenção tributária do imposto de renda da pessoa física. Em especial, de um determinado segmento da população.

Trata-se dos portadores de doenças graves elencadas² na Lei nº 7.713/88, art. 6º, XIV, que dispõe sobre a isenção do Imposto de Renda da Pessoa Física, os quais tem se deparado quer na doutrina como na jurisprudência por plúrimos posicionamentos. Uma corrente mais antiga tem entendido que somente os aposentados, adoecidos, podem se valer da lei tributária isentiva, enquanto nova corrente entende bastar a portabilidade de doença grave elencada naquela lei para estar isento, ainda que continue em atividade laborativa.

Esta última corrente vem sendo consagrada inclusive em segundo grau de jurisdição³. O Egrégio TRF da 1ª Região, Quarta Seção, em Embargos Infringentes nº 0009540-86.2009.4.01.3300, Relator Des. Federal Luciano Tolentino Amaral, proferiu acórdão unânime, cuja ementa apresenta o seguinte resumo:

TRIBUTÁRIO - AÇÃO ORDINÁRIA - IRPF - MOLÉSTIA GRAVE (ART. 6º, XIV, DA LEI Nº 7.713/88) - ISENÇÃO: “RENDIMENTOS” DA ATIVIDADE, NÃO APENAS “RENDIMENTOS” DA INATIVIDADE (PROVENTOS DE APOSENTADORIA/REFORMA) - EMBARGOS INFRINGENTES NÃO PROVIDOS.

1- A isenção, vicejando só em prol dos “inativos portadores de moléstias graves”, está descompromissada com a realidade sócio-fático-jurídica; a finalidade (sistemática) da isenção, na evolução temporal desde sua edição em 1988; os princípios da isonomia e da dignidade humana e, ainda, com o vetor da manutenção do mínimo vital.

2- A contextualização fático-jurídica, em olhar conectado com o hoje, da isenção (salvo

conduto tributário), que propende a ser vitalícia, é do tipo “geral” e “ex vi legis”, a toda situação em que caracterizadas as patologias. Eventual e continuada ampliação do rol das doenças não considera eventuais cura, agravamento, recidivas ou remissão de sintomas.

3- Da institucionalização da isenção (1988) até hoje transcorreram 25 anos. Àquele tempo, a transposição para a inatividade, imperativa e com afastamento obrigatório das atividades, era a consequência para os males. Mantida a densidade de significado (“ratio legis”) para justificar a isenção, que sempre foi o “fato objetivo da moléstia grave em si” e a ideia genérica do incremento de custos para continuidade da vida (perda/redução da capacidade contributiva), abrem-se novas situações: contribuintes conseguem manter-se, em certos casos, em pleno potencial profissional, auferindo proventos de aposentados (rendimentos da inatividade) e, até, valores decorrentes de vínculos ulteriores (rendimentos da atividade).

4- Inimaginável um contribuinte “sadio para fins de rendimentos ativos” e, simultaneamente, “doente quanto a proventos”. Inconcebível tal dicotomia, que atenta contra a própria gênese do conceito holístico (saúde integral). Normas jurídicas não nascem para causar estupor.

5- O só conviver com a patologia, à constante sombra da morte ou da má qualidade de vida, alça novos vínculos empregatícios ao grau de terapêutica afeto-social (de higiene mental) e reforço do sentido de existir: tributação seria desestímulo sem justa razão.

6- Cabe ao interprete da norma legal extrair da sua objetividade normativa o seu alcance social, não significando, tal, ampliação dos seus destinatários e/ou os casos de sua incidência.

A doutrina, por sua vez, em abono ao entendimento de que não apenas os aposentados, mas também os que permanecem na atividade estão isentos do Imposto de Renda de Pessoa Física, uma vez portadores de doença grave, tem invocado a incidência e cogência das seguintes normas jurídicas: i) Princípio da dignidade da pessoa humana; ii) Direito fundamental a saúde; iii) Direito individual e social ao trabalho; iv) Princípio da legalidade tributária; v) Princípio da capacidade contributiva; vi) Princípio da progressividade; vii) Princípio da Proporcionalidade, viii) Princípio da Razoabilidade; sem esquecer ix) Princípio da isonomia.

São aqui tratadas, ainda que superficialmente, nada menos que 9 (nove) jurídicas razões que per si e à luz dos fundamentos e objetivos de nossa brasilidade (Constituição Federal, artigos 1º e 3º) tem o condão de provocar a atenção/ reflexão/sensibilidade sobre este tema da isenção, ao mesmo tempo muito simples e complexo.

De fato, muitas são as situações possíveis: 1) o contribuinte já está aposentado; 2) ainda não se aposentou; 3) já se aposentou de uma primeira atividade e tem outra; 4) continua na mesma atividade embora já tenha adquirido o direito a aposentadoria e não a requereu. Em todas essas hipóteses pode conservar sua capacidade laborativa apesar da portabilidade de doença grave. É evidente que a maioria das doenças graves elencadas na lei são incapacitantes para o trabalho. No entanto, nem todas, como por exemplo o câncer, que pode inclusive já ter sido curado e não retira, segundo a jurisprudência do STJ, a condição de isento. E então eis a questão comum a essas situações: aplica-se o benefício da lei isentiva? Pelo entendimento doutrinário e jurisprudencial mais atualizado sim, pois a isenção alcança todos aqueles portadores de doença grave elencada na lei 7.713/88, devendo ser tratados

igualmente os inativos e os ainda em atividade.

Caso contrário, várias ofensas estarão sendo perpetradas: primeiramente ofendendo o protoprincípio jurídico da dignidade humana e, de roldão, os princípios da isonomia e vários outros que eloquentemente integram o sistema tributário nacional no Estado Democrático de Direito. Além disso, agride também o direito fundamental a saúde bem como o direito ao trabalho. Ambos indisponíveis e também sociais⁴.

Com efeito, a dignidade humana informa e conforma plasmando toda a ordem jurídica, desde sua elaboração, interpretação e aplicação, já que simplesmente decorre da condição humana. É pressuposta às normas jurídicas as quais para serem legítimas são apenas seu reflexo, pelo que a dignidade não decorre do direito, mas o inverso.⁵ Aliás, enquanto valor supremo a dignidade é fundamento do Estado⁶

Por isso, a ordem jurídica como uma unidade ou totalidade, aí incluído o instituto da isenção tributária, só é lícita, legítima se resultante do fluxo e influxo de democrático estado de direito por respeitar, proteger, promover e garantir os direitos fundamentais da pessoa humana.⁷ E, nestas circunstâncias, a dignidade dos portadores de moléstias graves ainda em atividade laborativa, os quais merecem igual tratamento tributário dispensado aos aposentados.

O princípio da isonomia conduz a igual tratamento a todos os portadores daquelas graves doenças, pois o principal não reside no detalhe de estar ou não estar aposentado, mas de estar doentes e, igualmente titularizarem o indisponível direito fundamental a saúde, desdobramento da condição humana digna.

Dispõe a Constituição Federal, no art. 196, que a saúde é direito de todos e dever do Estado, pelo que este através do tratamento isonômico estará respeitando outros princípios jurídicos do sistema tributário nacional democrático que são os da capacidade contributiva e da progressividade. Ora, a capacidade contributiva do portador de doença grave é afetada pela necessidade de medicamentos, dietas e custos inerentes a tratamento e acompanhamento, pouco importando se ou não aposentado, eis que se encontram na mesma situação de premência. Diante desta realidade, a postura fiscal não pode discriminar o ativo do inativo, obstaculizando o igual direito a saúde daquele, quebrando assim o devido tratamento isonômico da isenção para ambos.

É inegável que o instituto da isenção constitui-se num valioso instrumento de viabilização da eficácia do direito a saúde, e quando o Estado a outorga, nos limites em que a estabelece, não pode o intérprete arbitrariamente restringi-lo, sob pena de violar outros princípios de direito tributário: os da legalidade e o da progressividade.

De fato, não é lícito ao exegeta fazer interpretação restritiva da norma isentiva do imposto de renda das pessoas portadoras de doenças graves elencadas na Lei 7.713/88, sob pena de violação do princípio da legalidade tributária.

Também não é lícito olvidar que a capacidade contributiva da pessoa física não portadora de doença grave elencada na Lei 7.713/88 certamente não pode ser aplicada à portadora que, ao contrário daquela, padece das agruras e custos financeiros da moléstia, sendo que ambas, portanto, não tem a mesma capacidade contributiva. Ao olvidar esta realidade fere-se o princípio da legalidade tributária e também o princípio da progressividade.

É sabido que o imposto de renda é pessoal e por isso é escalonado em faixas: de isento a 27,5%, sendo que a faixa de isenção depende i) do montante, ou ii) da portabilidade de doença constante do rol da Lei nº 7.713/88. Portanto, não respeitar a faixa de isento é violar o

princípio da progressividade.

E o desrespeito a faixa do isento também afeta a ordem social⁸ que tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais, na medida em que desestimula o portador de doença grave ao trabalho⁹, por tributá-lo na atividade. O que não ocorreria se inativo.

Ora, mesmo acometido de doença grave, o digno¹⁰ cidadão¹¹ isento não incapaz para o trabalho¹² pode ainda produzir, ser ainda útil a comunidade e ao desenvolvimento nacional¹³. Tributá-lo seria então atentar contra a própria ordem social que tem por base o primado do trabalho, com flagrante desestímulo a esse direito, individual e social.

A isenção tributária, seja sob a circunstância da inatividade ou do trabalho, alcança igualmente todos os portadores de doença grave elencada na lei porque proporcional e razoavelmente conforme os fundamentos¹⁴ e objetivos¹⁵ da República Federativa do Brasil.

Na doutrina, proporcionalidade, em sentido técnico-jurídico, não é sinônimo de razoabilidade¹⁶. Sobre ser princípio¹⁷, método¹⁸, regra¹⁹ ou axioma²⁰, o paradigma de proporcionalidade encerra a ideia elementar de equilíbrio. O professor Willis Santiago Guerra Filho o identifica como “princípio dos princípios”, como princípio meio, para resolver o grande dilema de interpretação constitucional, representado pelo conflito entre princípios constitucionais.²¹

No entanto, tratando-se de isenção tributária do imposto de renda de pessoa física portadora de doença grave não há qualquer conflito entre princípios constitucionais para ser dirimido, pois todos lembrados não se antagonizam. Muito ao contrário, são harmônicos entre si e se completam.

Apesar disso, merece ser destacada da proporcionalidade um de seus elementos: a adequação, na medida em que aludida isenção da pessoa portadora de doença grave está conforme a situação mais onerosa a que está submetida. Em outros termos, é inadequado cobrar-lhe o IRPF, porquanto sua capacidade contributiva não é proporcionalmente a mesma da pessoa não portadora de doença grave.

Por sua vez, a razoabilidade, também chamada de princípio-fim, é outra ideia necessária sempre a ter em mente na interpretação e aplicação do sistema tributário nacional, para com cautela evitar consequências injustas e aviltantes da dignidade humana, da isonomia e da brasilidade dos direitos sociais da saúde e do trabalho.

Por isso, quando o contribuinte junto a Justiça do Trabalho recebe sua indenização nenhuma retenção pode ocorrer a título do IRPF. Precisa ele apenas comunicar a portabilidade de sua doença grave ao Juiz, apresentando laudo de seu médico no qual é atestada sua patologia específica. Aplica-se aí o princípio da primazia da realidade. Isto porque quando é retido de seus rendimentos aludida parcela, o desconto é feito para pagar o tributo devido. Ora se este é indevido, porque isento, nada poderá ser descontado.

Tecnicamente, na isenção a lei tributária tributante não incide. O tributo não nasce. Não há, como diria Geraldo Ataliba, hipótese de incidência (h.i). Por isso a norma jurídica tributária aplicável – e cogente – é a isentiva. Nesse aspecto a Lei 7.713/88 ao mencionar a portabilidade de doença grave que enumera (ao todo dezesseis moléstias – e nem todas incapacitantes para o trabalho), retira o aspecto pessoal da hipótese tributária tributante (ser sadio o contribuinte), pelo que não há que se falar em hipótese de incidência, ao contrário,

está-se diante de hipótese de isenção (h.is).

Consequentemente, se o contribuinte tiver o infortúnio de ser acometido de uma das moléstias graves taxativamente elencadas naquela lei, sairá da hipótese de incidência tributária (h.i) e passará para a hipótese de isenção (h.is), bastando apenas comunicar a sua fonte pagadora para que deixe de efetuar a retenção do IRPF, dada sua condição de isento.

Se, por exemplo, tratar-se de servidor público estadual sua fonte pagadora aplicará o regime jurídico, legal e constitucional, do substituído, que é o do isento. Assim, esclarece Aliomar Baleeiro:

Tudo deve passar-se desse modo na substituição tributária (modalidade de responsabilidade tributária).

Em primeiro lugar, o regime jurídico aplicável será o regime do substituído e não o regime do substituto. O substituto está pagando tributo alheio, vai pagar o que deve outro sujeito, nas condições pessoais dele, o substituído. É imperativo que o regime jurídico, legal e constitucional, aplicável seja o da outra pessoa.

Se o substituído é imune, ou isento, se tem direito a redução ou dilação tributária, o substituto exercitará os direitos correspondentes (Baleeiro, Direito Tributário Brasileiro, Forense, 10ª ed., p. 480).

É muito simples. Porém, tem havido o equívoco da inversão de perspectiva, pois a fonte pagadora não deve fazer as vezes do Fisco, já que não o representa e nem possui suas competências administrativas. Não é sua preposta! Em suma, conforme anteriormente dito, a fonte pagadora é substituta sim, do contribuinte, devendo respeitá-lo em sua condição de isento.

Se isso não ocorre, o servidor para reaver os valores indevidamente descontados quando da retenção, seja da pessoa física ou jurídica, terá que contar com o socorro da via judicial. A esse propósito, o Superior Tribunal de Justiça, em termos de competência, tem entendido que

1. “Os Estados da Federação são partes legítimas para figurar no pólo passivo das ações propostas por servidores públicos estaduais, que visam o reconhecimento do direito à isenção ou à repetição do indébito relativo ao imposto de renda retido na fonte. (...) Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 8/2008.” (REsp 989419/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 25/11/2009, DJe 18/12/2009).

2. É da Justiça Estadual a competência para decidir demandas propostas por servidores públicos estaduais questionando a incidência de imposto de renda sobre seus vencimentos. Agravo regimental do Estado do Rio de Janeiro provido. Agravo regimental da Fazenda Nacional prejudicado. (AgRg no REsp 1302435/RJ AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2011/0313966-3, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 27/03/2012, DJe 03/04/2012).

Posto que o foco principal destas reflexões não é o direito processual mas o direito material, daquele paradigmático recurso de Embargos Infringentes²² cuja ementa restou transcrita no início desta tese, o respectivo acórdão, através do voto do eminente Relator Des. Federal Luciano Tolentino Amaral, porque integralmente pertinente à fundamentação jurídica ora desenvolvida, merece ser também transcrito, com a devida vênia, *ipsis litteris*:

VOTO

O tema passível de debate em embargos infringentes se limita à divergência: no caso, a incidência ou não do IR sobre os rendimentos auferidos na atividade pelo contribuinte, que, portador de neoplasia maligna, é, ainda, aposentado por tempo de serviço.

O preceito legal controverso é este (Inciso XIV do art. 6º da Lei nº 7.713/88), e deve ser aquilatado sem açodamento nem melindres, até porque os “nós jurídicos” são terra fértil para a inteligência do magistrado e sua seara mais propícia, verdadeiro “leitmotiv” do julgar:

“Art. 6º Ficam isentos do imposto de renda os seguintes rendimentos percebidos por pessoas físicas:

.....

XIV – os proventos de aposentadoria ou reforma motivada por acidente em serviço e os percebidos pelos portadores de moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome da imunodeficiência adquirida, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma;”

A linha do voto-vencido funda-se em raciocínio de que, como o CTN exige – de usual - leitura literal das isenções (art. 111, II, do CTN) e, no entender do julgador, o art. 6º, XIV, da Lei nº 7.713/88 instituiu a isenção em prol dos “**inativos portadores de moléstias graves em lei catalogadas**”, a verba da atividade seria tributável; prestigiando-se o voto em comento, poder-se-ia, portanto, de modo raso, fácil, mas, todavia, descompromissado com boa doutrina, com a realidade da vida sócio-jurídica, com a finalidade da norma isentiva e seu contexto sistemático e em desarmonia com os princípios constitucionais da isonomia e, notadamente, da dignidade humana, elucidar o tema em prejuízo do autor, então concluindo tributável a verba auferida em atividade por contribuinte acometido de patologia, afirmando ausente norma expressa a apoiar a pretensão.

A querela, porém, tem vieses mais sutis, que a jurisprudência quase como um todo não tem esmerilhado, o que ora faço, notadamente ante a necessidade de contextualização fático-jurídica, empreendo um olhar moderno, conectado com a atual realidade do trabalhador brasileiro e do estágio dos avanços médicos, pois, da institucionalização da isenção (1988) até hoje, transcorreram 25 anos.

Dentre várias pedagogias, tem-se que, no concreto, a isenção (sobre “rendimentos” do portador de moléstia grave) é do tipo “geral”, deferida, “ex vi legis”, a toda situação em que caracterizadas as patologias da Lei nº 7.713/88, cujo rol, aliás, vem sendo ampliado de tempos em tempos, e que, no lugar comum dos idos de 1988 (há ¼ de século), geravam situações quase sempre compulsórias de invalidez/incapacidade profissional. A isenção em comento propende a ser “vitalícia” e nasce do diagnóstico cabal da doença, sendo verdadeiro salvo-conduto tributário sob a sombra da dignidade humana e da manutenção do mínimo vital. Irrelevantes as eventuais cura, agravamento, recidivas ou remissão de sintomas.

Ao tempo da edição da Lei nº 7.713/1988), ademais, a transposição para a inatividade era a natural consequência usual para os males nela elencados, dada a pouca opção de tratamento eficaz. Com os avanços da medicina, contudo, embora mantida a mesma carga de densidade de significado (“ratio legis”) necessária para justificar isenção tributária, **que sempre foi o “fato objetivo da moléstia grave em si” e a ideia genérica do incremento de custos para continuidade da vida em circunstâncias dessas, que gera perda/redução da capacidade contributiva**, abre-se espaço para novas situações nas quais tais contribuintes, hajam vista evidentes progressos científicos, conseguem manter-se ainda, **em certos casos (a dinâmica da vida é incontrollável, para o bem ou para o mal)**, em pleno potencial de atividade profissional, passando a auferir não apenas seus proventos de aposentados (**rendimentos da inatividade**), mas – eventualmente – novos valores decorrentes de vínculos profissionais ulteriores (**rendimentos da atividade**).

Não fosse epidérmico aquilatar que, em qualquer caso, a moléstia induz perda ou redução da capacidade contributiva, o ser humano e a patologia que porventura lhe acometa, frise-se, não são entes dicotômicos ou estanques (há, no todo, um só alguém gravemente adoecido), sendo inimaginável crer em contribuinte que, para fins tributários, se possa separar em “sadio para fins de rendimentos ativos” e, simultaneamente, “doente quanto a proventos”: **não se pode conceber tal monstruosidade, que atenta contra a própria gênese do conceito holístico de saúde integral**, que envolve o direito à vida, à consciência, à crença, à honra, à imagem, à intimidade, itens que não se podem fictamente seccionar. Normas jurídicas nascem para pacificar o tecido social, não para causar estupor nem sensação de abandono.

Aludido quadro exige o mesmo tratamento jurídico, pois **a doença grave (com as consequentes perda ou redução da capacidade tributária) é a nota da isenção** sobre os “rendimentos” (da inatividade e da atividade) notadamente se o contribuinte (com vínculo de atividade salarial) já se encontra aposentado (exemplo dos autos): não há sentido lógico-jurídico (nem ético) em afastar o tributo sobre proventos e, entretanto, mantê-lo sobre o salário, instituindo a figura bizarra do contribuinte “meio-portador de moléstia grave” ou o instituto bisonho dos “salários que não são rendimentos”. As normas jurídicas não podem conduzir a absurdos de ordem prática, tanto mais quando há duas leituras possíveis da isenção, uma mais evidente/exata (que adoto) e outro, fundada em interpretação “restritiva” (não “exata”).

Visualize-se, ainda, interessante exemplo: alguém da ativa contrai moléstia grave em 1990, sem, porém, àquele tempo saber; 10 anos depois, em rotina, vê-se diagnosticado, concedendo-se a ele aposentadoria por invalidez retroativa ao tempo do laudo de caracterização do mal (digamos, 1995): ele já deveria estar aposentado e, todavia, não estava; os salários que, então, auferiu na ativa, entre 1995/2000 (quando já era “aposentável por moléstia grave”, e não o sabia) são ou não isentos?

Ainda no intento de ambientar a questão, a tempo da edição da Lei nº 7.713/88, vigoravam o art. 43, I e II, do CTN (ainda hoje inalterado) e o Inciso II do §2º do art. 153 da CF/88 (esse revogado pela EC nº 20/1998), preceitos que induzem conclusão inarredável de que **salários e proventos são, ambos, subtipos de “rendimentos”** (e o “caput” do art. 6º da Lei 7.713/88) a tal expressão alude; a CF/88, ao tratar do IR,

estipula, em mesmo preceito (Inciso III do art. 153), que ele é tributo que incide sobre **“renda e proventos de qualquer natureza”**, o que denota que, dada a particular aditiva “e” o tributo (e seus elementos) é um só, incidindo sobre salário/proventos, evidenciando que, de regra, salvas exceções inconciliáveis, ou ambos são tributáveis ou, sendo caso de isenção (por fato que a ambos os contextos se comunica), nenhum deles sofrerá tributação, **sendo ambos – repita-se – “rendimentos” (isentos)**.

O próprio CTN (art. 43) fala no IR como sendo tributo incidente sobre **“renda”** [produto do capital/trabalho] e **“proventos”** [acréscimos que não forem renda], denotando que tais (Incisos I e II do item) são – ambos – “rendimentos”; se, para fins de tributação, proventos e salários dão-se as mãos para, unindo-se sob o color de “rendimentos”, oferecerem-se à tributação, assim também serão o mesmo todo para fins de isenção. Sanar tal incongruência, tal antinomia não é interpretação “extensiva” ou “analogia”, mas, sim, percepção do real alcance natural da norma e de sua sazonalidade de amplitude em função de variantes do tempo e espaço.

A isenção toma, na hipótese, como elemento justificador objetivo, a “patologia enumerada” (com esteio na redução/perda da capacidade contributiva), para, em função dela (e somente dela), dizer isentos os rendimentos.

Evoque-se este precedente da T7/TRF1 (“*mutatis mutandis*”) para perceber que ler-se os contornos da isenção exige ótica mais elegante, para melhor aquilatar o conceito de interpretação **“exata”** (nem aquém nem além da vontade da norma):

“(…) IRPF - APOSENTADORIA/PROVENTOS - MOLÉSTIA GRAVE - LAUDOS (OFICIAL E PARTICULAR) - CEGUEIRA (DO TIPO MONOCULAR/UNILATERAL): ISENÇÃO (ART. 6º, XIV, DA LEI Nº 7.713/88) – (…) (CEGUEIRA NÃO É SINÔNIMO DE AMAUROSE) – (…)

2- *Lei nº 7.713/88 (art. 6º, XIV): são isentos do IRPF os proventos de aposentadoria auferidos por portadores de “cegueira” (e de outras moléstias graves catalogadas em lei).*

3- *STJ (AgRg-AREsp nº 121.972/DF): cegueira, no seu sentido literal, sem necessidade de alargamentos interpretativos (art. 111/CTN), abrange “tanto o comprometimento binocular quanto monocular”. Não se restringe à amaurose (perda total da visão de ambos os olhos).*

4- *Laudos médicos (oficial e particular) atestam a patologia (qual é, como causada e desde quando instalada) (...).*

5- **A T7/TRF1, quanto a benefícios fiscais, entende que o art. 111 do CTN tanto veda a interpretação “extensiva” (que concede benefício a quem a lei não favoreceu) quanto hostiliza a interpretação “restritiva” (que retira benesse legal de quem a ela faça jus); o vetor jurisprudencial é a interpretação “estrita” (sinônimo de leitura “isenta”, “fiel” (...) ou “exata”).**

6- *Pedagógica explanação do site do Instituto Benjamin Constant (www.ibc.gov.br), centro de referência nacional no campo da deficiência visual, aponta que “a Organização Mundial de Saúde (OMS) registrou 66 diferentes definições de cegueira”*

e “o termo cegueira não é absoluto, pois reúne indivíduos com vários graus de visão residual. Ela não significa, necessariamente, total incapacidade para ver, mas, isso sim, prejuízo dessa aptidão a níveis incapacitantes (...)”

(TRF1, AC nº 0004311-12.2009.4.01.3700/MA, Des. Fed. LUCIANO TOLENTINO AMARAL, T7, DJ 06/07/2012)

O só conviver, não o bastante, sob o manto da patologia, à constante sombra da morte ou da má qualidade de vida iminentes, alça novos vínculos empregatícios ao grau de ambiente de terapêutica afeto-social e espaço de higiene mental, de reforço do próprio sentido de existir: acenar com a tributação sobre a renda da atividade (rendimentos) do portador de moléstia grave (e, no caso concreto, aposentado por tempo de serviço) é um desestímulo sem qualquer alicerce de justa razão.

Em reforço de argumento ou variante intelectual, se a troca “voluntária” do descanso e do emprego, nos casos, respectivamente, da conversão da licença-prêmio por pecúnia e da adesão aos programas coletivos de demissão, qualifica os valores auferidos ao grau de “indenizatórios”, como não se conceber que as verbas (provento/inatividade ou remuneração/atividade) recebidas por quem, de modo “compulsório”, viu-se portador de moléstia que a lei afirmou de suma complexidade, não tragam consigo o tom da isenção, pela perda ou redução do direito humano fundamental de crer-se para sempre são, de imaginar eternidades, de ver-se avô sadio a brincar com netos.

Em fecho de raciocínio, também há quem, por outras razões (isonomia em culto à dignidade humana), aponte que a não tributação por acometimento de moléstia grave prevista em lei merece se aplicar – por mera regra de igualdade - tanto a proventos de aposentadoria quanto a salário.

É o caso de Carlos Valder do Nascimento, em “Isenção do Imposto de Renda dos Trabalhadores da Ativa em Razão de Doença Grave” (Editora Fórum, 2011) e, ainda, como consequência dos valores ponderados por Humberto Ávila, em “Teoria da Igualdade Tributária”, Editora Malheiros, 2ª edição, pp. 192/197, que diz, apontando que *“a realização da igualdade é um processo permanente”*, de aceitação, mas, ainda, de flexibilização de padronizações, fundada em vínculos de pertinência que se amoldem ao modelo tributário “particularista”, **adaptado à real capacidade contributiva subjetiva (no concreto, a idêntica situação entre o portador de moléstia grave que auferir rendimentos da ativa e o que percebe rendimentos da inatividade):**

“(...) a exigência de compatibilidade entre o critério de discriminação e a finalidade que o justifica, ademais de transcender elementos puramente lógicos, não termina o conteúdo normativo da igualmente, apenas o inicial. A ela, devem ser agregadas determinações concernentes à fundação e à significação dos elementos que compõem a igualdade, para cuja legitimação não basta uma explicação; requer, antes, uma autêntica justificação. Essa, contudo, não é retilínea, antes oscila, aqui e ali, conforme sejam os graus de fundamentação e de comparação decorrentes do cotejo entre a presunção de igualdade, de um lado, e as liberdades de configuração do legislador e de avaliação do julgador, de outro”

E conclui o autor: *“a ausência de conjugação de todos esses fatores (...) favorece a destruição silenciosa do ideal igualitário: enquanto barulhentemente se proclama sua*

importância, vai-se, silenciosamente, destruindo, como um cupim que se alimenta da madeira dos pilares de uma casa, os alicerces que permitiriam sua efetivação”.

Tratar, pois, igualmente a tributação do IRPF dos contribuintes portadores de moléstias graves, trate-se de salário/atividade, trate-se de proventos/inatividade, **sendo ambos “rendimentos”, é a única alternativa lógico-tributário possível (em leitura exata da isenção)**; e, ainda que interpretação extensiva exigisse (por isonomia), configuraria tratamento adequado, necessário, pertinente e proporcional aos fins da norma isentiva.

Em reforço de argumento, a norma do “caput” do art. 6º da Lei nº 7.713/88 fala em “rendimentos” (termo que – de comum sabença - inclui salários da atividade e proventos da inatividade), e aponta (explicitamente o Inciso XIV do art. 6º), ao menos para mim, **interseção** entre “proventos” (aposentadoria/reforma) e verbas “percebidas por portadores de moléstia grave”, estipulando (em compreensão sistemática) isenção ampla que avança, portanto, sobre “rendimentos” de salários ou proventos daquele que, ainda que só ulteriormente viu diagnosticada a moléstia.

Pelo exposto, NEGÓ PROVIMENTO aos embargos infringentes.

É como voto.

DESEMBARGADOR FEDERAL LUCIANO TOLENTINO AMARAL - Relator

O Egrégio Tribunal Regional Federal da 1º Região, antes desse julgamento paradigmático, por sua Oitava Turma, na AC 0006591-17.2008.4.01.3400/DF, Rel. Desembargador Federal Souza Prudente, já alcançava os proventos da atividade, conforme se colhe da respectiva ementa do acórdão:

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. ISENÇÃO. DOENÇA GRAVE. LEUCEMIA. ROL DO INCISO XIV DO ART. 6º DA LEI 7.713/1988. TERMO INICIAL. DATA EM QUE RECONHECIDA A MOLÉSTIA POR LAUDO OFICIAL.

1. Estando comprovado ser a parte autora portadora de moléstia grave, nos termos indicados no inciso XIV, artigo 6º, da Lei 7.713/1988, com a alteração trazida pela Lei 11.052/2004, o benefício da isenção de imposto de renda deve ser observado em relação aos rendimentos percebidos a partir da data em que a doença foi diagnosticada, por meio de laudo médico oficial - mesmo que o contribuinte ainda esteja em atividade.

2. “Em se tratando de benefício fiscal destinado a propiciar ao contribuinte aposentado ou reformado, em virtude de acidente em serviço, bem assim àquele portador de doença grave, maior capacidade financeira para suportar o custo elevado do tratamento permanente enquanto padecer da moléstia, a sua concessão é devida, tanto na atividade como na inatividade, tendo em vista que, em ambas as hipóteses, o sacrifício é o mesmo, prestigiando-se, assim, os princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana, na defesa do postulado maior da proteção e da valorização da vida, na dimensão de respeito ao valor da saúde, como garantia fundamental prevista em nossa Carta Magna (CRFB, arts. 1º, III, 5º, caput, 196 e 170, caput).” (AC 0006591-17.2008.4.01.3400/DF, Rel. Desembargador Federal Souza Prudente, Oitava Turma, e-DJF1 p.518 de 14/11/2011).

Em conclusão objetiva, cabe reconhecer que o senso comum jurídico de outrora de que somente os portadores de doença grave inativos estão isentos do IRPF contrasta com a nova tendência doutrinária e jurisprudencial. E reconhecer, ainda, que não são poucos os

fundamentos jurídicos de que todos os portadores de doença grave elencada na Lei 7.713/88, art. 6º, XIV, estão isentos do imposto de renda da pessoa física, independentemente de sua posição funcional (não cabendo discriminar se ativa ou inativa), por força dos: i) princípio da dignidade humana, ii) princípio da isonomia, iii) direito fundamental a saúde, iv) direito individual e social indisponível ao trabalho v) princípio da capacidade contributiva, vi) princípio da legalidade vii) princípio da progressividade, viii) princípio da proporcionalidade, e ix) princípio da razoabilidade.

Referências Bibliográficas e Jurisprudenciais

- ÁVILA, Humberto. Teoria da Igualdade Tributária. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- BALEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm
- BRASIL. Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988. Altera a legislação do imposto de renda e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 23 dez. 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7713.htm
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1302435/RJ 2011/0313966-3, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 27/03/2012, DJe 03/04/2012).
- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. 4ª Seção. Embargos Infringentes em Apelação Cível nº 0009540-86.2009.4.01.3300 (2009.33.00.009545-1/BA). Rel. Des. Fed. Luciano Tolentino Amaral. Julgado em 30/01/2013. e-DJF1 p.1023 de 08/02/2013.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. 8ª Turma. Apelação Cível nº 0006591-17.2008.4.01.3400/DF, Rel. Desembargador Federal Souza Prudente. Julgado em 23/09/2011. e-DJF1 p.518 de 14/11/2011.
- CARNEIRO JÚNIOR, Amílcar. A Contribuição dos Precedentes Judiciais para a Efetividade dos Direitos Fundamentais. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2012, coleção Andrea Proto Pisani, vol. 3.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo constitucional e direitos fundamentais. São Paulo: Celso Bastos, editor, 1999.
- NASCIMENTO, Carlos Valder do. Isenção do imposto de renda dos trabalhadores da ativa em razão de doença grave/ Carlos Valder do Nascimento; introdução de José Souto Maior Borges. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- NUNES, Rizzatto. Manual de introdução ao estudo do direito. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 327-329.
- RIGATO, José Aparecido. Refletindo paradigmas: o devido processo legal para conferir títulos de doutor, mestre, especialista, licenciado ou bacharel. Disponível em <http://www.ufgd.edu.br/comunicacao/noticias/artigo-refletindo-paradigmas-o-devido-processo-legal-para-conferir-titulos-de-doutor-mestre-especialista-licenciado-ou-bacharel/>
- _____. O Direito Penal na proteção da(s) dignidade(s) humana(s). Revista Videre, Dourados, MS, ano 2, n. 4, p. 211-229, jul./dez. 2010. Disponível em http://www.periodicos.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/viewFile/786/pdf_41

_____. A persecução penal frente à(s) dignidade(s) humana(s). In: 4º Congresso Virtual Nacional do Ministério Público, 2010. Disponível em <http://www.congressovirtualnacionalmp.org.br>

_____. A Atuação Extrajudicial do Ministério Público na Educação: A Natureza Jurídica da Cumulatividade de Funções. In: XIX CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, Belém, 2011. **Anais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 289-297.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais 798 2002.

1* Doutor em Direito Internacional/USP

* Promotor de Justiça-MS

RIGATO, José Aparecido. A Atuação Extrajudicial do Ministério Público na Educação: A Natureza Jurídica da Cumulatividade de Funções. In: XIX CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, Belém, 2011. **Anais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 289-297.

2 São elas: neoplasia maligna, cardiopatia grave; nefropatia grave; cegueira; contaminação por radiação; doença de Paget em estados avançados (osteíte deformante); doença de Parkinson; síndrome da imunodeficiência adquirida; esclerose múltipla; hanseníase; paralisia irreversível e incapacitante; tuberculose ativa; hepatopatia grave; e espondiloartrose anquilosante.

3 A importância de haver precedente judicial a nível de segundo grau a respeito e aqui ser trazido à colação, insere-se integralmente nos dizeres da obra doutrinária: “A Contribuição dos Precedentes Judiciais para a Efetividade dos Direitos Fundamentais”, de Amílcar Araújo Carneiro Júnior. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2012, coleção Andrea Proto Pisani, vol. 3.

4 CRFB, Artigo 6º.

5 RIGATO, José Aparecido. A persecução penal frente à(s) dignidade(s) humana(s). In: 4º Congresso Virtual Nacional do Ministério Público, 2010. Disponível em <http://www.congressovirtualnacionalmp.org.br>

6 NASCIMENTO, Carlos Valder do. Isenção do imposto de renda dos trabalhadores da ativa em razão de doença grave/ Carlos Valder do Nascimento; introdução de José Souto Maior Borges. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

7 RIGATO, José Aparecido. O Direito Penal na proteção da(s) dignidade(s) humana(s). Revista Videre, Dourados, MS, ano 2, n. 4, p. 211-229, jul./dez. 2010. Disponível em http://www.periodicos.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/viewFile/786/pdf_41

8 Dispõe a Constituição Federal: “Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”.

9 CRFB, Artigo 1º, IV.

10 CRFB, Artigo 1º, III.

11 CRFB, Artigo 1º, II

12 CRFB, Artigo 170.

13 CRFB, Artigo 3º, II.

14 CRFB, Artigo 1º, II, III e IV.

15 CRFB, Artigo 3º, I, II, III e IV.

16 SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais 798 2002

17 RIGATO, José Aparecido. Refletindo paradigmas: o devido processo legal para conferir títulos de doutor, mestre, especialista, licenciado ou bacharel. Disponível em <http://www.ufgd.edu.br/comunicacao/noticias/artigo-refletindo-paradigmas-o-devido-processo-legal-para-conferir-titulos-de-doutor-mestre-especialista-licenciado-ou-bacharel/>

18 NUNES, Rizzatto. Manual de introdução ao estudo do direito. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 327-329.

19 RIGATO, José Aparecido. Op. cit.

20 *Idem*.

21 GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo constitucional e direitos fundamentais. São Paulo: Celso Bastos, editor, 1999.

22 Tribunal Regional Federal da 1ª Região. 4ª Seção. Embargos Infringentes em Apelação Cível nº 0009540-86.2009.4.01.3300 (2009.33.00.009545-1/BA). Rel. Des. Fed. Luciano Tolentino Amaral. Julgado em 30/01/2013. e-DJF1 p.1023 de 08/02/2013

Promotorias de Justiça Comunitárias: novo Paradigma de Atuação do Ministério Público

*Júlio César Soares Lira**

1. Introdução

Há algum tempo venho pensando novas formas de atuação do Ministério Público, notadamente do pernambucano, para obtenção de legitimação social e eficácia no desempenho de suas funções constitucionais e legais.

Primeiramente sustentei o revigoramento da função de “ombudsman” com o desenvolvimento, nas Promotorias de Justiça de Petrolina, do Projeto “MP NAS RUAS”, que depois do sucesso obtido foi institucionalizado nas últimas gestões dos recentes Procuradores-Gerais de Justiça.

Depois, busquei sustentar o fortalecimento da atuação do Ministério Público através de sua função-mãe, qual seja: o atendimento ao público, onde propus uma conscientização dos Promotores de Justiça da importância de bem atender o povo.

Agora, o objetivo é ratificar a necessidade de que o Ministério Público se aproxime da sociedade atuando com um novo olhar, agindo com uma nova forma de enfrentar o seu mister, com um novo proceder, com um novo espírito de atuação, voltada, desta feita, a busca dos problemas que afligem a sociedade e, principalmente, focando a resolução de tais problemas, fomentando, induzindo, fiscalizando e buscando a correta execução das políticas públicas que favoreçam o povo, em suas comunidades.

Na realidade o que se propõe para o Ministério Público pernambucano já vem sendo implementado no Brasil em diversos Ministérios Públicos, ganhando relevo as ações do valoroso Ministério Público do Estado de São Paulo, que com a implantação das Promotorias de Justiça Comunitárias tem conseguido aproximar a Instituição da população paulistana e dar eficácia as suas iniciativas.

A implantação da cultura das Promotorias de Justiça Comunitárias em Pernambuco tem fundamento no próprio Planejamento Estratégico para os anos 2013/2016.

O Mapa Estratégico do Ministério Público de Pernambuco para 2013/2016 determina como visão do MPPE “ser uma instituição próxima do cidadão, transformadora da realidade social, com efetividade e respeito às necessidades atuais e futuras da população”; como também, identifica como sua missão “servir à população, promover o exercício da cidadania e contribuir para a justiça social”.

De igual modo, a “Oficina Ideias de Projetos”, realizada no âmbito do referido Planejamento, identificou como problemas a serem enfrentados pelo Ministério Público pernambucano a ausência de atuação integrada, o desconhecimento de parte significativa da sociedade sobre o papel do MPPE e a pessoalização das ações em detrimento da ação institucional.

Assim, é necessário estabelecer uma nova forma de atuação do MPPE para fortalecimento do diálogo com a sociedade e intensificação de parcerias com órgãos públicos e instituições privadas, dando resolutividade às ações Ministeriais.

A implementação das Promotorias de Justiça Comunitárias proporcionará que a mobilização da comunidade para atendimento das demandas locais crie sentimento de pertencimento e responsabilidade entre os seus membros, determinando que o exercício dos direitos de cidadania seja compartilhado por todo o grupo social.

Fortalecer os direitos e garantias fundamentais, induzir e fomentar políticas públicas, dando resolutividade às demandas da população, contribuirá para a diminuição da criminalidade, da corrupção e da impunidade e proporcionará a transformação da realidade social de Pernambuco. As Promotorias de Justiça Comunitárias também deverão proporcionar soluções concretas e efetivas na seara dos direitos do consumidor, da Infância e Juventude, no âmbito dos direitos dos idosos, quanto ao Patrimônio Público, relativas à saúde, ao meio ambiente, enfim trará uma efetividade ao controle social e determinará uma solução para problemas da sociedade pernambucana, problemas estes que, inclusive, foram elencados nos fóruns regionais realizados pelo Ministério Público pernambucano como suporte ao Planejamento Estratégico.

Para fundamentar a viabilidade da criação das Promotorias de Justiça Comunitária iremos identificar a vocação do Ministério Público brasileiro na defesa da sociedade, analisando sua função de “*ombudsman*”, de defensor do povo, arrematando com as indicações de que é possível ao Ministério Público pernambucano implementar e aperfeiçoar a iniciativa de outros ministérios públicos, ampliando, inclusive, os objetivos do Projeto “MP NAS RUAS”.

Com estes desideratos, a presente tese realça linhas fundamentais para concluir que é preciso ir além, que as demandas das comunidades deverão ter soluções eficazes, devendo ser criados diversos fóruns de diálogo com a sociedade, onde os Promotores de Justiça, em suas diferentes áreas de atuação, possam ouvir e buscar as Instituições que resolverão as aflições coletivas do povo, sendo necessário para tanto sair dos gabinetes, das sedes, de suas promotorias, aprimorando e aperfeiçoando, com isso, o Ministério Público.

2. O Ministério Público e a Constituição Federal de 1988

A evolução histórica do Ministério Público no nosso País nos deixa claro que a designada Constituição Cidadã de 1988 proporcionou o seu maior desenvolvimento, já que disciplinou, harmonicamente, os seus poderes e funções institucionais, atribuições e garantias.

Conceitualmente, a Carta Política fez com que o Ministério Público conquistasse espaços e alargasse suas funções, definindo-a como “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses indisponíveis”.¹

A Constituição de 1988, sem sombra de dúvidas, elevou o Ministério Público brasileiro, alçando a Instituição a categoria de defensora da sociedade, agindo não somente como *custus legis*, mas como verdadeiro *ombudsman*, fiscalizando os atos da administração pública, promovendo a ação civil pública em defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis.

A Lei Fundamental, em verdadeira inovação revolucionária, a inseriu, em contrário às Constituições passadas, em capítulo autônomo - *Das funções essenciais à justiça*, desvinculando-a dos Poderes Executivo ou Judiciário, o que demonstra, claramente, a intenção do legislador constituinte em conferir ao Ministério Público função fiscalizadora sobre as próprias atividades estatais.

Recebeu a Instituição autonomia funcional, administrativa e financeira, provendo seus cargos diretamente, como também, na área penal, restou assegurada a promoção privativa da ação penal pública, além de ter, ao Ministério Público, incumbido o zelo pelo efetivo respeito aos poderes públicos e aos serviços de relevância pública, bem com aos direitos assegurados constitucionalmente, sendo legitimado para promover as medidas assecuratórias de tais direitos².

A Constituição deu-lhe garantias como suportes necessários ao cumprimento das suas novas destinações, estabelecendo também vedações, que balizam eticamente a atuação dos seus membros.

“Nestes termos, ao Ministério Público na Constituição Federal de 1988 cabe a defesa da ordem jurídica enquanto ordem concreta de realização da ordem cultural, não só no exercício da Ação de Inconstitucionalidade, mas também, nas funções fiscalizadoras junto não só aos órgãos judiciais na qualidade de *custo legis*, mas sim, alargada na fiscalização dos serviços públicos e agentes políticos; a defesa do regime democrático garantindo o direito de participação do cidadão na vida política do Estado brasileiro; na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”³

3. O Ministério Público “Ombudsman”

O “ombudsman” é originário da Suécia, nos idos de 1809, surgindo para propiciar ao Parlamento o controle dos funcionários públicos e os magistrados em face do cumprimento das leis.

“... esta figura foi criada visando proteger os direitos e garantias fundamentais do cidadão, apresentando, dentro do ordenamento jurídico de cada país, uma denominação, qual seja: *ombudsman* (Suécia), *mediateur* (França), *comissário parlamentar* (Inglaterra), *provedor da justiça* (Portugal), *prokuratura* (Rússia), *defensor do povo* (Espanha)”⁴.

O “ombudsman”, portanto, pode ser conceituado como um sistema de amparo aos direitos individuais, sendo, “órgão de controle ou fiscalização da atividade estatal, atribuído a um ou mais indivíduos, com amplos poderes de investigação e de recomendação”⁵.

“O *ombudsman*, nos países de origem, vem a ser um órgão destinado a exercer controle sobre as atividades da administração, bem como defender interesses coletivos diversos, como, por exemplo, o *ombudsman* do consumidor, o da liberdade econômica, o da imprensa, o da saúde pública, o estudantil, o empresarial. Sendo um órgão investigatório, não tendo o poder de punir ou reparar qualquer injustiça”⁶.

No Brasil, ainda sob a égide da Carta de 1969, mas já na Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988, manifestava-se a preocupação em criar a figura jurídica do “Ombudsman” nacional, com inspirações nas Constituições espanhola e portuguesa, com o objetivo de integração entre os Poderes.

Contudo, chegou-se ao consenso de que já contávamos com o Ministério Público, organizado em carreiras em todo o País e devidamente estruturado para o exercício de

funções afetas ao “ombudsman”, principalmente, através do atendimento ao público, carreando-lhe, a Constituição Federal vigente, em verdadeiro alargamento funcional, os instrumentos para que assumisse novos e relevantes encargos, inteiramente, diga-se, compatíveis com sua destinação.

Vale a pena trazer a colação trecho da apreciação de Mazzilli, à época, acerca do ora disposto:

“Fala-se hoje na criação do *ombudsman* no país. O *ombudsman* vem a ser um órgão surgido nos países escandinavos, destinado a um controle sobre as atividades da administração e depois para atender a interesses coletivos diversos (*ombudsman* do consumidor, da liberdade econômica, da imprensa, da saúde pública, o estudantil, o empresarial etc). Em nosso entender, porém, não é necessário criá-lo. O órgão do Ministério Público, em nosso direito, tem tradicionalmente a função de receber as notícias de abusos de autoridades, á estando investido no poder que o Estado lhe confere de promover junto à Justiça a responsabilização criminal dessas autoridades, o que ao próprio *ombudsman* não é conferido nos países onde ele é órgão auxiliar do Poder Legislativo”.⁷

Desta feita, a Constituição Federal, em seu art. 129, inciso II, trouxe, entre outras, como função do Ministério Público a de “zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia”, que configura, exatamente, a figura do “ombudsman”.

Fácil perceber, assim, que as funções próprias do “ombudsman” que foram atribuídas ao Ministério Público, merecendo destaque a função de defesa dos direitos sociais e dos direitos individuais indisponíveis, ganharam relevo, ao passo que, ao contrário da figura originária, foi conferida ao Órgão Ministerial a prerrogativa de agir seja preventiva quanto repressivamente, seja extrajudicialmente seja judicialmente.

“O Ministério Público tem legitimidade, outorgada pela Constituição (artigo 129), para promover, privativamente, a ação penal pública; como também a legitimidade – concorrente com a de outros entes – para ajuizar ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo; legitimidade para fazer a representação por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo; legitimidade para fazer a representação por inconstitucionalidade para intervenção da União em Estado-Membro ou no Distrito Federal, no caso de violação de princípio basilar da República Federativa do Brasil; e, ainda, legitimidade para promover a ação civil pública (concorrentemente) e quaisquer outras ações judiciais que se fizerem necessárias para requerer do Poder Judiciário a prestação jurisdicional, toda vez que for configurada a lesão ou ameaça de lesão de direitos e interesses difusos, coletivos, individuais homogêneos e individuais indisponíveis”.⁸

Na mesma linha de entendimento a respeito de ser despicienda a criação do “ombudsman” fora do Ministério Público, Mazzilli arremata:

“Temos sustentado que um Ministério Público realmente forte e independente dispensaria tal órgão à parte, que, mesmo nos países onde foi criado, tem funções apenas investigatórias, enquanto o Ministério Público, entre nós, além da investigação,

tradicionalmente tem a função de levar às barras dos tribunais os responsáveis pelas violações.”⁹

Reafirma-se, então, que a Constituição Federal de 1988, com base em novo paradigma, conferiu ao Ministério Público a possibilidade de construir uma nova ordem social, agindo politicamente (e não partidariamente) junto e para a população mais carente. O Promotor de Justiça, desta feita, deve ser orientador e conciliador, deve buscar instrumentos fora do processo (e processuais, se for o caso) para aplacar a falta de equilíbrio material nas relações jurídicas e sociais.

E como? Qual a forma mais eficaz do Ministério Público se desincumbir com eficácia de suas funções de cunho social? Sem dúvidas, para o fim de dar maior mobilidade e capilaridade as suas ações a Instituição deve ir à comunidade, deve ir ao povo. Convém que o Promotor de Justiça saia de seu gabinete. É nas ruas que o Promotor de Justiça irá haurir os problemas sociais, ouvindo e agindo para que possa cumprir suas tarefas, na luta pelos direitos sociais e coletivos dos reais interessados em sua eficaz e combativa atuação, ou seja, o povo.

4. O Ministério Público em busca da legitimação social

Os membros do Ministério Público, como é cediço, não são, na forma da Constituição, alvos de escolha direta pelo povo, contudo, tal nota da Instituição não é óbice para a consecução de sua legitimação social, mesmo porque o perfil institucional inaugurado após a Carta Constitucional ainda está em processo de construção, não se podendo olvidar que o prestígio social somente deverá advir da eficaz e efetiva atuação na defesa do Regime Democrático, da Ordem Jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis¹⁰.

Não há dúvidas de que o legislador constituinte institucionalizou no Ministério Público aspectos de especial relevância para o desenvolvimento da sociedade, o dotou de importantes funções essenciais ao Estado Democrático de Direito, o transformou no Órgão que detém, por excelência, o encargo de defender a sociedade como um todo.

Mas, a verdadeira legitimação social há de ser produto da eficiência e competência no desempenho das atividades confiadas à Instituição.

No contexto da Emenda Constitucional 19/1998 surge normatizado o princípio da eficiência, gerando prática salutar, no âmbito do Poder Público, que planejamento estratégico se tornasse palavra de ordem, alcançando, também, por óbvio, o Ministério Público.

Nesse particular, importa ao Ministério Público estreitar o diálogo direto com a sociedade a que serve, permitindo que se estabeleça em seu programa estratégico ações e metas originadas de propostas e reclamos desta mesma sociedade.

Urge, portanto, um melhor conhecimento dos problemas sociais, já se faz tarde uma melhor articulação entre os atores deste roteiro da vida política e social do nosso País. Não é segredo: nem a sociedade conhece o Ministério Público, nem o Ministério Público conhece, adequadamente, a sociedade a que serve.

Tal dissonância põe em xeque tanto a eficiência da atuação funcional do Ministério Público quanto a sua legitimação social e, no dizer de João Gaspar Rodrigues¹¹, *“a performance funcional do MP presta-se como um meio de ampliar a confiança na instituição e, principalmente, sua legitimação perante a sociedade. Performance funcional com resultados e legitimidade social são faces da mesma moeda e constituem um círculo virtuoso: quanto*

mais eficiência funcional maior a legitimidade, e quanto mais legitimidade maior o estímulo para aprimorar a função”.

E o ideal é que o Promotor de Justiça não se quede inerte a esperar que as demandas lhe batam as portas do gabinete, mas que ele seja dinâmico, que seja resolutivo, que se antecipe a estas demandas, que vá até onde os problemas sociais são causas das aflições da sociedade.

5. O Ministério Público Resolutivo

A nota da inércia é própria da Magistratura, o Ministério Público, no entanto, foi forjado para o dinamismo, para o bom embate, para o denodo no atuar de suas funções constitucionais e infraconstitucionais, com consciência de que as funções que lhe foram atribuídas não refletem todas as possibilidades de sua atuação.

As funções Ministeriais são fundamentadoras e conformadoras do Estado Democrático de Direito, contudo, não se limitam ao manuseio de instrumentos técnico-jurídico viabilizadores do acesso ao Poder Judiciário¹². A defesa dos interesses e direitos difusos, coletivos e individuais indisponíveis dever-se-á dar, notadamente, através de ações desenvolvidas pelos Promotores de Justiça diretamente junto à população afetada.¹³

Fazer uso, portanto, dos instrumentos judiciais e/ou extrajudiciais para se desincumbir de seu múnus público possibilita distinguir tipos ideais de Promotor de Justiça.

Em sua pesquisa, Cátia Aida Silva¹⁴, identifica os Promotores de fatos e os Promotores de Gabinete:

“O Ministério Público se debate entre dois tipos ideais de promotor: promotor de gabinete e promotor de fatos. O primeiro tipo pode ser definido como aquele que, embora utilize procedimentos extrajudiciais no exercício de suas funções, dá tanta ou mais relevância à proposição de medidas judiciais e ao exame e parecer dos processos judiciais dos quais está encarregado. Detalhe: o promotor de gabinete não usa os procedimentos extrajudiciais como meios de negociação, articulação e mobilização de organismos governamentais e não governamentais. O segundo tipo, o promotor de fatos, conquanto proponha medidas judiciais e realize atividades burocráticas ligadas à sua área, dá tanta ou mais importância ao uso de procedimentos extrajudiciais, mobilizando recursos da comunidade, acionando organismos governamentais e não governamentais e agindo como articulador político”.

O Ministério Público resolutivo, portanto, pode ser conceituado como aquele que atua na solução de conflitos sociais, no âmbito da própria Instituição e em parceria com a sociedade, sem a necessidade de recorrer ao Poder Judiciário, já tão saturado.

Gregório Assagra de Almeida¹⁵, citando Marcelo Pedroso Goulart, traça os perfis ora estudados, clarificando o modelo que o Ministério Público moderno deve assumir:

“Dentro do novo perfil constitucional do Ministério Público, Marcelo Pedroso Goulart sustenta que existem dois modelos de Ministério Público: o demandista e o resolutivo. O Ministério Público demandista, que ainda prevalece, é o que atua perante o Poder Judiciário como agente processual, transferindo a esse órgão a resolução de problemas

sociais, o que de certa forma, afirma o autor, é desastroso, já que o Judiciário ainda responde muito mal às demandas que envolvam os direitos massificados¹⁶. O Ministério Público resolutivo é o que atua no plano extrajudicial, como um grande intermediador e pacificador da conflituosidade social.

Marcelo Goulart ainda ressalta que é imprescindível que se efetive o Ministério Público resolutivo, levando-se às últimas consequências o princípio da autonomia funcional com a atuação efetiva na tutela dos interesses ou direitos massificados. Para tanto, é imprescindível que o órgão de execução do Ministério Público tenha consciência dos instrumentos de atuação que estão à sua disposição, tais como o inquérito civil, o termo de ajustamento de conduta, as recomendações, audiências públicas, de sorte a fazer o seu uso efetivo e legítimo.

Portanto, nesse contexto, a atuação extrajudicial da Instituição é fundamental para a proteção e efetivação dos direitos ou interesses sociais.

E conclui o festejado autor:

“O Ministério Público resolutivo, portanto, é um canal fundamental para o acesso da sociedade, especialmente das suas partes mais carentes e dispersas, a uma ordem jurídica realmente mais legítima e justa. Os membros da Instituição devem encarar suas atribuições como verdadeiros trabalhadores sociais, cuja missão principal é o resgate da cidadania e a efetivação dos valores democráticos fundamentais”.

Destarte, os mecanismos extrajudiciais de solução de conflituosidade social se nos afigura mais consentâneo com o desenho constitucional do atual Ministério Público, sendo fácil perceber que dos instrumentos de atuação não demandista, não judicial, o atendimento ao público é o mais eficiente para que o Promotor de Justiça possa ser o agente transformador da realidade social a que se vê inserido.

Recebendo ou buscando, em atitude resolutiva, pró-ativa, a aproximação com o povo, o Ministério Público, notadamente, pelo órgão de execução, terá todas as condições de cumprir com eficiência as suas funções, isto em qualquer área de atuação: cível, criminal, coletiva etc.

Veja-se, por importante, que essa forma de atuar possibilita também ao Ministério Público não só resolver os problemas, mas, principalmente, se antecipar a eles, sendo certo que a simbiose entre o Promotor de Justiça e a sociedade facilitará a tomada de soluções preventivas para as demandas comunitárias, evitando-se sempre a busca pelo Judiciário, que deve se tornar espaço excepcional de sua atuação.

Marcelo Pedroso Goulart¹⁷ se pronuncia:

“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’”.

6. A Cultura das Promotorias de Justiça Comunitárias¹⁸

As Promotorias de Justiça Comunitárias não são apenas um novo método de trabalho, mas uma nova filosofia que vem sendo implantada para fazer do Ministério Público uma instituição mais comprometida com a comunidade e com a busca de resultados efetivos para a melhoria da qualidade de vida das pessoas.

As Promotorias de Justiça Comunitárias aproximam os Promotores das comunidades e de outros órgãos públicos por meio de ações preventivas e do diálogo permanente. Dessa feita, há um contato social mais direto com os membros do Ministério Público, além de haver um controle da sociedade sobre os órgãos públicos, junto com o Ministério Público.

Essa iniciativa representa um novo paradigma porque o Ministério Público, antes voltado à repressão, passa a atuar também na prevenção e para isso as Promotorias de Justiça Comunitárias envolvem a sociedade civil, polícias e órgãos públicos, dentre outros.

A denominação Promotoria de Justiça Comunitária corresponde a um método de atuação adotado por alguns dos ministérios públicos brasileiro de aproximação da sociedade para a atuação conjunta na busca de soluções para problemas sociais e de políticas públicas que interferem direta ou indiretamente nas questões de segurança pública, justiça criminal e interesses difusos, sempre com foco na qualidade de vida da população.

O conceito de Promotoria de Justiça Comunitária se caracteriza pela metodologia de aproximação com a comunidade e respeita o princípio do promotor de Justiça Natural, garantido constitucionalmente. Não será criada uma nova Promotoria de Justiça ou novos cargos. Na verdade, 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 etc., resolver os problemas antes que ocorram. Portanto, apesar da designação “Promotoria Comunitária”, a adoção do método não demanda criação de nova Promotoria de Justiça diversa das demais, com novo cargo de Promotor de Justiça, nova estrutura, funcionários etc.

Considerando ser apenas um método diferenciado de atuação, adotar a proposta de “Promotoria Comunitária” exige apenas a disposição para conciliar a atuação interna com o diálogo e atenção às questões cotidianas da comunidade, as quais geralmente têm reflexos diretos na rotina funcional do Promotor de Justiça.

Todavia, se a instituição incorporar a filosofia e os métodos de Promotoria Comunitária como política institucional, pode ser importante a criação de um órgão (Assessoria, Grupo de Apoio, etc.), vinculado aos órgãos superiores, destinado a acumular conhecimento sobre o tema e concentrar referências de práticas de “Promotoria Comunitária” bem-sucedidas, sejam de Promotores da própria instituição ou importadas de outros órgãos do Brasil ou do exterior.

Repise-se, a criação deste órgão não representa uma nova Promotoria que confira atribuições de execução (atividade-fim), mas um espaço cuja finalidade é difundir o conceito a todos os membros, propiciando apoio técnico e subsídios de informação para os Promotores que desejem incorporar as práticas.

Essa nova forma de atuação exige que o Promotor vá além das lides processuais e dos instrumentos jurídicos e judiciais convencionais de atuação, para compreender os dilemas sociais que resultam em inquéritos (civis e criminais), processos e Termos de Ajustamento de Conduta, entre outros.

As Promotorias Comunitárias tem por base o conceito de [trabalho](#) em rede. Não somente as polícias civil e militar são envolvidas nos projetos já referidos, mas também as guardas municipais, as prefeituras, subprefeituras, diretorias de ensino, coordenadorias de saúde,

igrejas, associações de moradores, sindicatos, associações comerciais e demais entes públicos e privados são chamados a cooperar. Por isso as reuniões quinzenais ou mensais, em locais e horários rígidos, com a construção da memória através da completa documentação das atividades, como a lavratura de atas e registro de presenças.

Em Congresso Nacional do Ministério Público¹⁹ se concebeu a “CARTA DE FLORIANÓPOLIS”, que afirma a necessidade de implantação das Promotorias de Justiça Comunitárias:

*O Ministério Público reafirma sua disposição de fazer-se solidário com os Poderes e órgãos do Estado e com as instituições da sociedade civil no processo de construção e consolidação da Justiça e da paz social. Para a consecução desse objetivo propõe-se a: (...) aprofundar a conscientização dos membros do Ministério Público acerca das responsabilidades institucionais, realçando a dimensão de seus compromissos com a realização dos objetivos fundamentais da República (CF, art. 3º), e aperfeiçoando os modelos operacionais, com vistas a uma contribuição maior e mais efetiva à construção de uma sociedade livre e solidária, inclusive com a implantação de **Promotorias de Justiça Comunitárias, fundadas na premissa de uma maior aproximação com a comunidade, para fins de prevenção dos conflitos sociais, sejam de natureza civil ou criminal.**”(GRIFEI)*

O Plano Geral de Atuação do Ministério Público de São Paulo para 2011²⁰ contemplou a Promotoria Comunitária como instrumento a ser aplicado para consecução das finalidades da Instituição na área cível e na área criminal. Para a área criminal, o Plano dispôs que “**o fomento à criação e ao funcionamento das Promotorias Comunitárias mostra-se poderoso aliado ao combate à criminalidade, por intermédio da mitigação de conflitos sociais, mediante ação articulada com outros órgãos públicos e entidades da sociedade civil. Pode-se, ainda, estimular a participação popular na identificação das áreas em que há maiores índices de evasão escolar, uso e tráfico de drogas em cada localidade.(...)**”. “O bom atendimento ao público torna o cidadão mais próximo do Ministério Público, possibilitando o **recebimento de informações e notícias sobre a prática de crimes**, facilitando o sucesso da investigação criminal e da repressão à criminalidade”. Já para a área Cível, a criação e participação da Promotoria Comunitária estava prevista no rol de objetivos e diretrizes para aprimoramento do atendimento ao público.

O Promotor de Justiça não precisa e não deve adotar o método de Promotoria Comunitária em detrimento da atuação convencional, tanto fiscalizatória, quanto repressiva. A adoção desta nova dinâmica apenas exige planejamento do Promotor para conciliar e inserir na rotina funcional as novas atividades. Importante ressaltar que, muito embora possa haver dificuldades iniciais de adaptação da agenda, a adoção do método de Promotoria Comunitária gera efeitos na diminuição de criminalidade e nas agressões a interesses difusos, com conseqüente diminuição no volume de processos, inquéritos etc., sempre por meio da solução para problemas sociais e de segurança pública.

O Promotor de Justiça que adota práticas de Promotoria Comunitária deve desenvolver uma relação de proximidade com a sociedade local. 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 importantes 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.

A presença dos Promotores de Justiça nestes espaços, além do caráter simbólico da aproximação, pode ter efeitos positivos imediatos nas temáticas relativas à educação, delinquência juvenil e evasão escolar, entre outros. 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.

É muito importante que haja encontros periódicos em que o Promotor se disponha a interagir com a comunidade local, com autoridades, agentes públicos, policiais e outros atores sociais convidados, realizando acompanhamento das iniciativas adotadas conjuntamente e, por vezes, prestando contas das ações desenvolvidas pelo Ministério Público.

Importante, ainda, para que haja identidade e senso de pertencimento, que as reuniões sejam realizadas sempre no mesmo local, preferencialmente nas dependências de órgãos públicos, como escolas, clubes, ou mesmo na própria Promotoria.

O Promotor de Justiça não deve atuar de maneira diretiva nem centralizadora no âmbito de trabalho de Promotoria Comunitária – embora não deva abrir mão da firmeza e da postura coerente com a instituição. Em razão da estrutura (física e material) da instituição pode o Promotor acabar por muitas vezes no centro dos debates, o que não lhe confere papel “mais importante” na solução dos problemas coletivamente identificados.

Além disso, é imprescindível que se compreenda que o Promotor de Justiça não tem uma atuação passiva, como destinatário desentendimentos das demandas da comunidade, apenas se comprometendo a buscar as soluções na rotina funcional (fatos assim podem ocorrer, mas devem ser exceção para questões graves, que envolvam a necessidade de emprego da força e dos instrumentos legais convencionais de atuação).

Caso contrário, se o “espaço” da “Promotoria de Justiça Comunitária” for utilizado para reclamações, representações e “pedidos” ao Promotor de Justiça, a Promotoria de Justiça Comunitária estaria reduzida a um “atendimento ao público” suplementar e não estaria participando da busca e formulação de soluções.

Todas as reuniões devem ser agendadas com relativa antecedência, sendo de grande importância a criação de um canal de comunicação com a comunidade (blog, lista de emails, impresso periódico, etc.).

As datas de reunião podem ser estipuladas ao final de cada encontro mediante participação dos presentes, sendo recomendada a fixação de datas fixas para os encontros, como por exemplo, “toda primeira quarta-feira do mês”. Deste modo, além de se dispensar o tempo que seria utilizado para definir a nova data, cria-se uma possibilidade de comprometimento dos participantes, que podem reservar a data com grande antecedência.

Durante as reuniões deve sempre haver um responsável por lavrar ata ou relatório, que deve ser lido no início da reunião subsequente.

A pauta deve ser definida conjuntamente e deve ser amplamente divulgada. É importante haver uma lista de presença completa, na qual seja possível indicar o nome, contato e representatividade do participante, para permanente comunicação.

O Promotor de Justiça deve definir qual a área que terá influências desta nova atuação. A

delimitação de uma “área geográfica ou geopolítica” é elemento essencial para operacionalizar as Promotorias de Justiça Comunitárias. Além disso, a partir da matéria em que tem atribuição legal para exercer suas funções (Criminal, infância, meio ambiente,...) o Promotor de Justiça deve, sempre após ter conhecido e estudado os problemas da região, delimitar qual a questão ou assunto a ser alvo deste engajamento.

A divulgação da instalação da Promotoria Comunitária representa, na verdade, uma celebração sobre uma mudança simbólica na atuação, expondo à comunidade que o Ministério Público naquela localidade incorporou os princípios de atuação comunitária. Em algumas oportunidades, em que as práticas comunitárias já eram adotadas em pelo Promotor de Justiça, a celebração não indica que haja alteração na atuação, mas apenas explicita isso à sociedade, divulgando as ações já realizadas.

Os requisitos essenciais para a instalação das Promotorias de Justiça Comunitárias são, basicamente, de ordem pessoal e subjetivos do Promotor de Justiça que, se disposto a colocar em prática as diretrizes e ações de Promotoria Comunitária, deve sinalizar à comunidade e adequar sua rotina de atuação, inclusive colhendo informações sobre a realidade e as dificuldades da comunidade naquela região.

É importante que o Promotor de Justiça se ocupe de compreender a problemática da região em que atua, notadamente com relação à matéria que pretende lidar (ex. criminalidade, habitação, etc.).

Pode-se identificar, com a implementação das Promotorias de Justiça Comunitárias, diversos benefícios para o Ministério Público, são eles: a) redução da criminalidade e redução de problemas relativos à qualidade de vida e violação de direitos da população com conseqüente diminuição dos trabalhos funcionais convencionais (inquéritos, processos, etc.); b) legitimação do Promotor como agente político, importante no fortalecimento da democracia (com a provocação da participação social); c) colaboração da comunidade na solução de problemas ante a presença contínua e permanente de representantes do Estado de Direito; c) fortalecimento da Instituição do Ministério Público; d) maior proximidade e interação com outras autoridades (Polícia Civil, Polícia Militar, Defensoria Pública, Secretarias do Poder Executivo e Legislativo); e) soluções duradouras para questões de segurança pública; f) reconhecimento e satisfação com o trabalho; g) o Promotor de Justiça pode ver o trabalho do gabinete refletindo nas ações da comunidade e nos valores da sociedade.

Quanto aos benefícios das Promotorias de Justiça Comunitárias para a sociedade, identifica-se: a) reconexão dos cidadãos com o Estado de direito, evidenciando à comunidade a força da lei e incentivando sua cooperação com o Poder Público, evitando-se, destarte, a busca de meios oblíquos para a satisfação de seus direitos subjetivos; b) contribuição dos cidadãos para o desenvolvimento da comunidade, propiciando seu maior envolvimento com os problemas identificados; c) criação de soluções de longo prazo; d) a comunidade sente a necessidade de se engajar, responsabilizando-se por efetivar as propostas debatidas no âmbito da Promotoria de Justiça Comunitária, ou seja, a comunidade passa a atuar como sua autofiscalizadora; e) a comunidade se torna parte da solução e entende o papel do Promotor de Justiça, enquanto este, por sua vez, permite que a comunidade “dê voz” as suas preocupações.

7. As Promotorias de Justiça Comunitárias no Ministério

Público Pernambucano: Proposta de Implementação.

Aproveitando o *know how* dos ministérios públicos que já experimentam o novo paradigma de atuação, o Ministério Público de Pernambuco poderá também institucionalizar as Promotorias de Justiça Comunitária e, como já se viu, sem a necessidade de criação de novos cargos ou novas Promotorias de Justiça, ou seja, sem onerar o já apertado orçamento.

Diga-se, de logo, que a implementação das Promotorias de Justiça Comunitária não anula as ações do Projeto “MP NAS RUAS”, posto que o âmbito de atuação das Promotorias de Justiça Comunitária é mais amplo do que o do referido Projeto em execução.

O “MP NAS RUAS”, enquanto Projeto, tem objetivo definido e prazo certo de duração, enquanto que as Promotorias de Justiça Comunitárias, como nova cultura, como novel método de atuação, serão perenes, não obstante também possuírem objetivos bastante definidos.

Em princípio, as Promotorias de Justiça Comunitárias poderiam ser implementadas nas sedes das Circunscrições Ministeriais, não impedindo que as diversas Promotorias de Justiça pudessem também atuar conforme os novos métodos.

Por óbvio, nas Promotorias de Justiça que não são sede de Circunscrição, onde houver mais de um Promotor de Justiça, a Coordenação das Promotorias de Justiça Comunitárias ficariam a cargo do Coordenador da Sede. E nas Promotorias de Justiça que não são possuem mais de um Promotor de Justiça, onde o Colega Promotor atua sozinho, caberia a ele mesmo implementar a cultura da Promotoria de Justiça Comunitária, conhecendo a sociedade em que está inserido e, dentro das suas atribuições, buscando formas alternativas de solução de conflitos sociais, chamando os demais atores, parceiros e à própria comunidade a participar da elaboração de soluções definitivas e duradouras que beneficiem a população.

Os Coordenadores das Circunscrições Ministeriais seriam também coordenadores das Promotorias de Justiça Comunitárias, lembrando sempre que coordenarão a nova forma de agir, de atuar com transversalidade entre as demais Promotorias de Justiça Especializadas ou não, sendo desnecessária qualquer estrutura física, material ou humana específica para a Promotoria de Justiça Comunitária.

Veja-se que tais funções são próprias das Coordenadorias das Circunscrições, conforme dispõe o Art. 21, § 7º, da LC 12/1994, com nova redação dada pela LC 128/2008:

Art. 21, § 7º. - São atribuições do Coordenador de Circunscrição dentre outras funções administrativas delegadas pelo Procurador-Geral de Justiça:

*III - coordenar grupos de estudos temáticos e **estimular a integração entre Promotores de Justiça que atuem na respectiva região;***

*IV - **coordenar o Plano de Atuação Funcional das Promotorias de Justiça da Circunscrição;***

*VI - **sugerir medidas administrativas para aperfeiçoamento das funções ministeriais;***

*VIII - **submeter à deliberação do Colégio de Procuradores de Justiça proposta de atuação conjunta ministerial anual, bem como opinar acerca da proposta do Plano Plurianual e do Orçamento anual;***

Destarte, os Coordenadores das Circunscrições Ministeriais passariam a ser o elo entre as comunidades e as demais Promotorias de Justiça, cabendo aos mesmos a realização dos fóruns comunitários, onde o Ministério Público levantará dados sobre os problemas aflitivos

daquela determinada localidade, evidentemente utilizando-se de informações dos próprios comunitários ou de seus representantes, para após designar as reuniões ou audiências públicas para convocar todos os parceiros responsáveis, direta ou indiretamente, pela solução das demandas identificadas, passando também aos respectivos Promotores de Justiça o enfrentamento das questões.

Poder-se-á, então, fomentar a aproximação das comunidades com o Ministério Público e por a própria sociedade como protagonista da solução de seus próprios problemas, passando as Promotorias de Justiça, especializadas ou não, a ter papel decisivo na interlocução entre os cidadãos e os órgãos públicos, facilitando, também, o acesso à justiça, quando estritamente necessário, em face do possível insucesso das audiências públicas.

Em suma: o Ministério Público atuará, assim, de forma proativa, preventiva e resolutiva, realizando fóruns de discussão permanentes com a comunidade local, através de seus representantes, em datas, horário e local predefinidos a fim de levantar as demandas existentes. Em um segundo momento o Ministério Público de Pernambuco deverá chamar à comunidade os agentes públicos e/ou atores da iniciativa privada que possam resolver as demandas identificadas. Tais reuniões proporcionarão a mobilização e a conscientização da população para com os seus direitos fundamentais e estreitará a distância entre esta e os responsáveis pela solução de tais demandas. A cultura da Promotória Comunitária estabelecerá um maior conhecimento da sociedade sobre a atuação Ministerial e dará credibilidade e legitimidade às ações do Ministério Público de Pernambuco. Em sendo necessário, o Ministério Público pernambucano poderá, nesses encontros, instaurar Procedimentos Investigatórios, celebrar TACs, expedir Recomendações, realizar Audiências Públicas e, em último caso, propor ações judiciais.

8. Síntese Conclusiva

Buscou-se no presente trabalho constatar que a nova cultura das Promotorias de Justiça Comunitárias possibilita que, de forma duradoura, haja uma aproximação entre o Ministério Público e a sociedade por ele defendida.

Em arremate, portanto, sustentamos as seguintes proposições:

1. O Ministério Público brasileiro é instituição vocacionada à defesa do povo e para garantia da manutenção de suas funções constitucionais e como forma de promover o seu próprio desenvolvimento, necessita aproximar-se cada vez mais da sociedade.
2. A forma mais indicada para a promoção dessa aproximação é a implementação da cultura da nova atuação proporcionada pelas Promotorias de Justiça Comunitárias.
3. Através das Promotorias de Justiça Comunitárias é que o Ministério Público poderá estruturar o modelo ideal de Ministério Público resolutivo, tornando-se campo fértil para a amplitude da atuação Ministerial de resolução extrajudicial da conflituosidade social.
4. A administração superior do Ministério Público Pernambucano necessita fomentar a instalação das Promotorias de Justiça Comunitárias, inicialmente, nas sedes das Circunscrições Ministeriais para depois expandir o novo paradigma de atuação a todas as demais Promotorias de Justiça.
5. As Promotorias de Justiça Comunitária deverão ser contempladas na Gestão Estratégica do Ministério Público Pernambucano a fim de tornar-se uma instituição próxima do cidadão, transformadora da realidade social, com efetividade e respeito às necessidades

atuais e futuras da população; como também, como forma de cumprir a sua missão de servir à população, promover o exercício da cidadania e contribuir para a justiça social.

7. Referências bibliográficas

- ALMEIDA, Gregório Assagra de. O Ministério Público no Neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social, in <http://www.unifafibe.com.br/revistasonline/arquivos/revistajuridicafafibe/sumario/5/140420101>
- BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade: Para uma teoria da política*. 11ª Ed. Paz e Terra. 2004.
- BURDEAU, Georges. *O Estado*. São Paulo, Editora Martins Fontes. 2005.
- CAMARGO PENTEADO, J. de. *A ética do promotor de justiça*. In: *Funções institucionais do Ministério Público*. ALVES, A.B. ET. Alii. (Orgs). São Paulo: Saraiva, 2001.
- CAMINHA, M.A.L. *O Ministério Público, “Ombudsman”, defensor do povo ou função estatal equivalente, como instituição vocacionada para a defesa dos direitos humanos: uma tendência atual do constitucionalismo*. JUS NAVIGANDI. Doutrina, 25 maio 1998. Disponível em: <http://WWW.jusnavigandi.com.br>. Acesso em 01 de Julho de 2009.
- CASSOU, Anne Caroline. *Ministério Público: Evolução e Função Social Junto à Promotoria das Comunidades*.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. ALVES, Leonardo Barreto. ROSENVALD, Nelson. *Temas Atuais do Ministério Público*. Editora Podivm. 4ª Edição. 2013.
- FERREIRA FILHO, M. G. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- GUIMARÃES, Márcio Souza. *Ministério Público, Ombudsman e Ouvidor na Fiscalização dos Serviços Públicos*. FEMPERJ
- LIMA, Marcellus Polastri. *Ministério Público e Persecução Criminal*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1997.
- LIRA, Júlio César Soares. *O Ministério Público “Ombudsman”: O Promotor de Justiça nas Ruas*. Tese apresentada no XVIII Congresso Nacional do Ministério Público, realizado entre os dias 25 e 28 de Novembro de 2009, na cidade de Florianópolis-SC.
- LIRA, Júlio César Soares. *O Ministério Público e o Mito de Anteu*. Tese apresentada no IX Congresso Estadual do Ministério Público, realizado entre os dias 17 e 20 de Agosto de 2011, na cidade de Petrolina-PE.
- MARTINS, Ives Gandra (Coordenador). *O Estado do Futuro*. São Paulo. Editora Pioneira. 1998.
- MAZZILLI, H.N. *Manual do Promotor de Justiça*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- MAZZILLI, H.N. *O Ministério Público na constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- MAZZILLI, H.N. *O Promotor de Justiça e o atendimento ao público*. 1985. São Paulo: Saraiva.
- MAZZILLI, H.N. *Regime jurídico do ministério público*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- MORAES, A. de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- NETO, Cândido Furtado Maia. *O Promotor de Justiça e os Direitos Humanos*. Curitiba. Juruá

Editora. 2000.

- NILO, Feliciano da Silva; CORREIA, Geraldo Margela; OLIVEIRA, Frederico José dos Santos de. *Temas Jurídicos: O Ministério Público e sua Evolução Histórica; Processo Penal e Eficácia Constitucional; Os Interesses Transindividuais e a Ordem Jurídica Brasileira*. Caderno de Estudos 2. Grupos de Estudos Regionais do Ministério Público do Estado de Pernambuco – 6ª Circunscrição – Caruaru. 1995.
- PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Breves Considerações sobre o Ministério Público no Estado Democrático de Direito*.
- PORTO, S. G. *Sobre o Ministério Público no processo não criminal*. Rio de Janeiro: Aide, 1998.
- REIS, Nelson Santiago. *O Ministério Público e a Cidadania*. Cadernos do Instituto do Ministério Público de Pernambuco nº 3. Recife, 1994.
- ROCHA, J.E.D. de Moura. *O Ministério Público no Estado Democrático de Direito*. Escola Superior do Ministério Público. Recife. 1996.
- RODRIGUES, João Gaspar. Ministério Público de resultados. A atual missão institucional. Jus Navigandi, Teresinha, ano 15, n. 2585, 30 jul. 2010. Disponível em: < [HTTP://jus.uol.com.br/revista/texto/17076](http://jus.uol.com.br/revista/texto/17076)>. Acesso em: 18 jul. 2011.
- SILVA, Cátia Aida. “Promotores de Justiça e novas formas de atuação em defesa de interesses sociais e coletivos”. Revista Brasileira de Ciências Sociais, Vol. 16, n. 45.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 11ª Edição, Malheiros, 1996.
- 1 Art. 127, da CF/88.
 - 2 Art. 129, da CF/88.
 - 3 ROCHA, J. E.D de Moura. O Ministério Público no Estado Democrático de Direito, Escola Superior do Ministério Público, Recife-1996. p. 97.
 - 4 MORAES, A. de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p.53.
 - 5 FERREIRA FILHO, M. G. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 87.
 - 6 MAZZILLI, H.N. *O Ministério Público na constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 101.
 - 7 MAZZILLI, H.N. *O Promotor de Justiça e o atendimento ao público*. 1985. São Paulo: Saraiva. p. 72-3.
 - 8 CAMINHA, M.A.L. em: <http://www.jusnavigandi.com.br>. Acesso em 01 de Julho de 2009
 - 9 MAZZILLI, H.N. *Regime jurídico do ministério público*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 378.
 - 10 art. 127, caput, da CF/88
 - 11 RODRIGUES, João Gaspar. Ministério Público de resultados. A atual missão institucional. Jus Navigandi, Teresinha, ano 15, n. 2585, 30 jul. 2010. Disponível em: < [HTTP://jus.uol.com.br/revista/texto/17076](http://jus.uol.com.br/revista/texto/17076)>. Acesso em: 18 jul. 2011.
 - 12 LIRA, Júlio César Soares. O Ministério Público “Ombudsman”: O Promotor de Justiça nas Ruas. Tese apresentada no XVIII Congresso Nacional do Ministério Público, realizado entre os dias 25 e 28 de Novembro de 2009, na cidade de Florianópolis-SC.
 - 13 Idem
 - 14 SILVA, Cátia Aida. “Promotores de Justiça e novas formas de atuação em defesa de interesses sociais e coletivos”. Revista Brasileira de Ciências Sociais, Vol. 16, n. 45.
 - 15 ALMEIDA, Gregório Assagra de. O Ministério Público no Neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social, in <http://www.unifafibe.com.br/revistasonline/arquivos/revistajuridicafafibe/sumario/5/14042010170607.pdf>
 - 16 Op. cit. nota anterior, p. 119-123.
 - 17 GOULART, Marcelo Pedroso. Ministério público e democracia — teoria e práxis, p. 96
 - 18 DOLCE, Fernanda. Promotoria Comunitária: Método Diferenciado de Atuação do Ministério Público. Assessoria Especial de Promotoria Comunitária. São Paulo, Outubro de 2011.
 - 19 XVIII Congresso Nacional do Ministério Público, realizado entre os dias 25 e 28 de Novembro de 2009, na cidade de Florianópolis-SC.
 - 20 Ato Normativo nº 670 – PGJ, de 17 de dezembro de 2010.

* Promotor de Justiça de Petrolina - PE

Controle Judicial das Políticas Públicas: Alcance e Legitimidade Diante das Omissões Legislativas e Administrativas na Tutela dos Direitos Sociais Fundamentais

Ludmila de Paula Castro Silva¹

Síntese Dogmática

O presente estudo fundamenta-se na discussão quanto ao alcance e legitimidade do controle judicial na tutela dos direitos sociais fundamentais a partir da construção histórica do constitucionalismo e dos direitos fundamentais. Nesta perspectiva, discorre-se sobre a conjuntura de consolidação do Poder Judiciário como órgão tendente ao resguardo da eficácia dos direitos sociais fundamentais. Aborda-se a injustificada omissão legislativa e administrativa em sede de efetivação dos direitos sociais fundamentais, sob o subterfúgio da teoria da reserva do possível, o que justifica o controle judicial para implementação do mínimo existencial em consonância ao preceito fundamental de resguardo da dignidade da pessoa humana. Nesta seara, as ações coletivas colocam-se como via adequada, o que insere o Ministério Público e Defensoria Pública como instituições essenciais à tutela de direitos sociais. A metodologia de estudo fundamenta-se na pesquisa teórica, a partir do entendimento de diversos estudiosos. O procedimento metodológico abarca o método dedutivo de abordagem. O procedimento técnico consiste na utilização da técnica de análise textual, temática e interpretativa.

Palavras-chave: Controle judicial – direitos sociais – omissões legislativas e administrativas

1. Contextualização histórica dos direitos fundamentais a partir da evolução do constitucionalismo

O estudo do tema ativismo judicial e omissões administrativas e legislativas pressupõe a breve análise das contribuições norte-americana e francesa ao constitucionalismo liberal ou clássico iniciado no final do século XVIII e vivenciado até o final da Primeira Guerra Mundial, bem como as implicações do constitucionalismo moderno e contemporâneo.

A experiência norte-americana foi marcada por dois vetores essenciais. O primeiro deles consiste na supremacia da Constituição, exprimindo a ideia de que esta estabelece as regras do jogo político e, via direta, está acima dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, os quais devem participar deste jogo sob os ditames e preceitos constitucionais.

O segundo fundamento do constitucionalismo norte-americano converge para a legitimação do Poder Judiciário para assegurar a supremacia da Constituição, sendo escolhido por ser o mais neutro dentre os Poderes sob a ótica política. A garantia jurisdicional resta clarividente no

exercício do controle de constitucionalidade, surgido nos Estados Unidos da América (E.U.A.) em 1803 a partir do caso *Marbury versus Madison*.

As contribuições da experiência francesa concentram-se nas noções de garantia de direitos e de separação dos poderes, sem as quais não existirá verdadeiramente uma Constituição, consoante preceito disposto no art. 16º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão: *A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição*.

No contexto apresentado, surge a primeira dimensão dos direitos fundamentais, inicialmente teorizada pelo polonês Karel Vasak, em 1979. No Brasil, ganhou espaço a partir da doutrina de Norberto Bobbio, sendo que a classificação dos direitos fundamentais mais utilizada foi formulada Paulo Bonavides, estando associada aos lemas da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade.

Quando essa teoria surgiu falava-se em geração de direitos. Atualmente, esta noção está ultrapassada, porque geração tenciona dizer que uma substitui a anterior, sendo, portanto, mais adequado e ainda não perfeito, falar-se em dimensões de direitos. A primeira dimensão está ligada ao valor liberdade², dando ensejo aos direitos civis e políticos. Estes são direitos individuais e têm o caráter negativo, pois, em regra, exigem uma abstenção do Estado, e não uma ação positiva.

Atentando para a incapacidade do Estado de atender todas as demandas sociais (Estado Liberal), teoriza-se a segunda dimensão dos direitos fundamentais ligados ao valor igualdade, que pressupõe prestações por parte do Estado e abrange os direitos sociais, econômicos e culturais no intento de promover a igualdade material, e não meramente formal perante a lei.

As primeiras Constituições que abordaram expressamente os direitos de segunda dimensão foram a Constituição Mexicana de 1917 e a Alemã (Weimar) de 1919, sendo esta a que mais ganhou destaque. As garantias institucionais passam a não ser mais concedidas exclusivamente aos indivíduos, mas sim às instituições, como a família, a imprensa livre e o funcionalismo público, aflorando o Estado Social, que busca superar o antagonismo entre igualdade política e desigualdade social a partir da intervenção nos domínios social, econômico e laboral (Estado Intervencionista).

As dimensões de direito ganharam repercussão globalizada e a preocupação do Estado de Direito com o respeito estrito às normas já não se justifica diante dos anseios do Estado Democrático de Direito, que se concentra na força normativa da Constituição, de modo que todos estão submetidos à lei, inclusive o próprio Poder Legislativo. Destaca-se, no Estado Democrático de Direito, a preocupação com a efetividade e com a dimensão material dos direitos fundamentais, de forma a viabilizar a transmutação para a realidade dos direitos consagrados pela lei.

Inevitavelmente, neste momento constitucional, observa-se que a limitação do Poder Legislativo no que concerne aos direitos fundamentais abrange os aspectos formal e material, posto que a produção legislativa deve obedecer ao trâmite procedimental e às garantias dos indivíduos postas no ordenamento jurídico, o que denota a proibição do retrocesso e a aplicação direta da Constituição, até mesmo, nas relações entre particulares.

Nesta senda, cumpre elucidar que a jurisdição constitucional interpõe-se como instrumento de proteção da supremacia da Constituição e dos direitos fundamentais, fazendo o inter-relacionamento entre o Estado Democrático e o neoconstitucionalismo. Este pode ser caracterizado pela normatividade, superioridade e centralidade da Constituição, bem como

pela consagração gradativa de valores e opções políticas, espelhada pelo pluralismo de ideias a partir do qual surgem conflitos em abstrato ou em concreto a serem solucionados pelo Poder Judiciário com espreque na ciência da hermenêutica.

2. Tutela jurídica dos direitos sociais fundamentais: conjuntura de legitimidade da intervenção do Poder Judiciário

Elucidada a digressão evolutiva dos direitos fundamentais à luz do constitucionalismo, tem-se o lastro histórico suficiente para entender o momento vivido pela sociedade no que concerne aos direitos sociais e sua efetividade. Anote-se, por premissa, que a dimensão programática destes direitos não pode constituir obstáculo absoluto à prestação social e justificativa para a inércia legislativa e administrativa.

A textura aberta dos direitos sociais permite a concretização destes de acordo com a vontade da maioria, posto que o povo, titular do Poder Constituinte Originário, deve decidir quais direitos devem receber maior atenção ou prioridade, de acordo com as necessidades prementes. A um primeiro olhar, os principais responsáveis pela concretização dos direitos sociais são: Poder Legislativo, por ser o órgão de maior representatividade na sociedade; e o Poder Executivo, cujos representantes também são eleitos pelo povo de forma democrática para resguardar os interesses da maioria, sem suprimir a vontade da minoria.

Ocorre que estes Poderes, ao longo da história humana, vêm desempenhando suas funções precípuas de modo deficiente, o que alocou o Poder Judiciário como legitimado para colmatação das lacunas deixadas pelos administradores e legisladores. A construção desta legitimação passou por três fases. Primeiramente, impedia-se a intervenção do Poder Judiciário na seara dos direitos sociais sob o fundamento de que estes se consubstanciam em normas programáticas e, por consequência, não geram direitos subjetivos, de forma que o indivíduo não pode exigir do Estado o cumprimento e a observância de tais direitos.

Posteriormente, diante do incremento das garantias constitucionais pela complementação da legislação infraconstitucional e facilitação do acesso à justiça pelas ondas renovatórias do processo³, ocorre o fenômeno inevitável da judicialização das relações políticas e sociais. O Poder Judiciário insere-se, nesta fase, como o órgão eficiente à proteção dos direitos sociais, já que tem poder de coibir os demais poderes públicos a efetivar direitos no caso posto à sua apreciação, valendo-se, quando necessário, das prerrogativas concedidas pelo ativismo judicial.

Prospectivamente, na fase ideal que se pretende alcançar há a prevalência do equilíbrio na atuação do Poder Judiciário, que deve efetivar direitos sociais sob os auspícios de critérios racionais e técnicos, partindo sempre do princípio da proporcionalidade como instrumento hermenêutico a fim de encontrar uma solução adequada quando se deparar com situações de desacordo moral razoável.

Os argumentos favoráveis à intervenção do Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais fundamentais encontram respaldo no déficit democrático das instituições representativas, no cenário atual, uma vez que as autoridades menos confiáveis para a população são justamente as legislativas. Enquanto o Poder Legislativo demonstra-se fraco e omissivo, o Poder Judiciário adota uma postura mais ativa. Ademais, a Constituição Federal é

um conjunto de normas e, ao interpretá-la e aplicá-la, o Poder Judiciário está apenas exercendo sua função típica, revelando na decisão judicial o meio mais adequado de tutela dos direitos.

Em contraponto, outros argumentos prestam-se a deslegitimar a atuação do Poder Judiciário, sustentando que as normas programáticas não geram direito subjetivos e que, portanto, não pode a esfera judicial imiscuir-se em direito não garantido. Além disso, defende-se que a intervenção judicial é ato antidemocrático e viola a separação dos poderes, já que este Poder não representa a maioria nem possui representatividade. Estes fundamentos não podem servir de lastro a uma conclusão coerente com o estágio de democracia vivenciado no Brasil.

3. Eficácia dos direitos sociais fundamentais: mínimo existencial versus reserva do possível

Entendida a conjuntura de legitimação do Poder Judiciário na tutela dos direitos sociais fundamentais, importa ressaltar as cargas eficazes das normas definidoras de direitos fundamentais sintetizadas por Ingo Wolfgang Sarlet⁴, as quais acarretam a revogação dos atos normativos anteriores e contrários ao conteúdo desta norma, além de conter imposições que vinculam o legislador no sentido de que este não apenas está obrigado a concretizar os programas, tarefas, fins e ordens, mas também que não pode afastar-se dos parâmetros preestabelecidos nas normas definidoras de direitos fundamentais a prestações (nível de programaticidade).

O mandamento de eficácia impõe, ainda, a declaração de inconstitucionalidade de todos os atos normativos editados após a vigência da Constituição se forem colidentes com o conteúdo dos direitos fundamentais, bem como a proibição de retrocesso, impedindo que o legislador promova a abolição de posições jurídicas já consagradas em favor dos direitos sociais. Deflui-se que a própria liberdade de conformação do legislador resta limitada quando se trata do padrão mínimo da dignidade da pessoa humana, entendimento comungado por Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo⁵:

Relevante, todavia, é a constatação de que a liberdade de conformação do legislador encontra seu limite no momento em que o padrão mínimo para assegurar as condições materiais indispensáveis a uma existência digna não for respeitado, isto é, quando o legislador se mantiver aquém desta fronteira.

O direito social, uma vez concretizado, passa a fazer parte do conteúdo de proteção constitucional. Em outras palavras, é dizer que, promovida a regulamentação de determinado dispositivo constitucional de índole social, o legislador não pode, ulteriormente, retroceder no tocante à matéria, revogando ou prejudicando o direito já reconhecido. O princípio da vedação do retrocesso não está expresso no texto da vigente Constituição Federal, mas pode ser abstraído de vários princípios constitucionais, dentre eles: segurança jurídica; dignidade da pessoa humana; máxima efetividade (art. 5º, §1º); e democrático.

A revogação dos direitos já postos, assim como as omissões legislativas geram um déficit na efetividade dos direitos sociais, uma vez que o Poder Executivo acaba valendo-se da incompletude do ordenamento jurídico para obstaculizar a prestação social, argumentando que

a Administração Pública deve fazer somente o que está previsto em lei e, não estando, justificada está sua inação. Ocorre que o indivíduo, titular de direitos e deveres, não pode ser privado do que se convencionou denominar mínimo existencial, isto é, deve receber do Estado a tutela do núcleo essencial convergente à dignidade da pessoa humana.

Recorrentemente, diante da impotência do Estado de cumprir na íntegra seu dever constitucional de conceder bem estar e vida digna aos seus nacionais, alega-se a impossibilidade de atender todas as demandas sociais em razão do fenômeno denominado “reserva do possível”, que inapropriadamente foi transportado para a jurisprudência brasileira a fim de conciliar a inércia do Poder Executivo e a crescente judicialização dos direitos sociais.

Essa expressão surgiu na Suprema Corte alemã em 1972 a partir do julgamento de questão afeta ao acesso ao ensino superior na Alemanha. A Constituição deste país, diferentemente do Brasil, não consagra um rol de direitos sociais, o que deu ensejo ao entendimento da Corte de que a liberdade de escolha profissional, entendida como direito social, deriva do acesso à universidade. Deste modo, decidiu no caso que não havia possibilidade do Estado fornecer vaga para todos os interessados em ingressar na universidade, cabendo ao Poder Legislativo dar prioridade ou não ao investimento necessário para suprir a demanda por ingresso no ensino superior. Consagrou-se, nestas circunstâncias, a teoria da reserva do possível do Estado.

Nos ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet⁶ extrai-se que a reserva do possível apresenta dimensão tríplice, sendo que a primeira consagra a efetiva disponibilidade fática, significando a existência de recursos necessários para a satisfação dos direitos prestacionais. Neste ponto, mister analisar se o Estado tem recursos para tratamento de determinado indivíduo ou para o tratamento de todos que necessitam dele. Tendo em vista o princípio da isonomia, deve-se buscar a universalização da prestação social, de modo a aferir se dentro do orçamento da saúde, por exemplo, seria razoável exigir que o Estado atenda um ou alguns indivíduos selecionados por demandas judiciais sem prejudicar outros investimentos, bem como o atendimento à saúde dos demais necessitados.

A possibilidade fática, consistente na existência de recursos para o atendimento das prestações exigidas do Estado, pode ser analisada sob dois prismas: o primeiro submete a análise ao caso concreto, de forma individual; o segundo, em razão do princípio da isonomia, pressupõe o exame da possibilidade de universalização daquela prestação. Uma medida paliativa, mas não resolutive, para a questão é a maior utilização de ações coletivas, considerando que nas ações individuais o Poder Judiciário tende a fazer uma análise isolada daquela situação posta sem confronto com outros fatores. Nesta seara de ações coletivas, o Ministério Público surge como principal instituição a promover a respectiva tutela de direitos.

A segunda dimensão consiste na disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, a qual tem estrita conexão com a distribuição de receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas. Destarte, se os recursos orçamentários forem destinados de forma desproporcional ao bel arbítrio do Estado torna-se viável a intervenção do Poder Judiciário.

A terceira dimensão da teoria da reserva do possível consiste na proporcionalidade da prestação e razoabilidade da exigência. O estudo do caso concreto é fundamental para decidir se é razoável exigir determinada prestação. De fato, a reserva do possível é matéria de defesa do Estado, cabendo a este, portanto, provar a impossibilidade de atender a demanda pretendida. Em última instância, a teoria terá algum espaço somente se o Estado justifica e

comprova com lastro em seu orçamento que não tem condições de custear o pleito judicial, ou que as necessidades coletivas e aquelas de outras pessoas que se encontram na mesma situação do demandante estarão comprometidas por ausência de recursos.

Importa ressaltar que em sede de tutela de direitos mínimos a teoria em questão não encontra sustentáculo para sua utilização. No que concerne ao embate entre mínimo existencial e reserva do possível, Ricardo Lobo Torres⁷ entende que:

A proteção positiva do mínimo existencial não se encontra sob a *reserva do possível*, pois a sua fruição não depende do orçamento nem de políticas públicas, ao contrário do que acontece com os direitos sociais.

Em outras palavras, o Judiciário pode determinar a entrega das prestações positivas, eis que tais direitos fundamentais não se encontram sob a discricionariedade da Administração ou do Legislativo, mas se compreendem nas *garantias institucionais da liberdade*, na estrutura dos serviços públicos essenciais e na organização de estabelecimentos públicos (hospitais, clínicas, escolas primárias, etc.)

Infere-se que a reserva do possível só deve ser admitida quando da existência de justo motivo objetivamente aferível e, neste sentido, o Estado deve comprovar que já foram providenciadas todas as diligências para contingenciamento do orçamento e, ainda sim, a prestação social não pode ser implementada por escassez de recursos. Independentemente desta insuficiência, não se pode alegar esta teoria quando se está diante do atendimento do mínimo para uma existência digna.

4. Controle judicial das políticas públicas: alcance e legitimidade na tutela dos direitos sociais fundamentais

O fenômeno da judicialização da política significa a intervenção decisória do Poder Judiciário capaz de afetar a conjuntura política nas democracias contemporâneas. A consequência imediata dessa intervenção é a ampliação do poder judicial em matérias que seriam reservadas às competências dos Poderes Executivo e Legislativo com inspiração na teoria do *checks and balances*.

Este fato não significa a delegação do Poder Legislativo de sua competência ao Poder Judiciário no Estado de Direito e nem a usurpação judicial do princípio da separação dos poderes, uma vez que se trata de instrumento democrático de concretização dos direitos fundamentais mediante a atuação ativista do Poder Judiciário sempre de acordo com a Constituição Federal.

No direito constitucional contemporâneo, o magistrado deixou de ter um papel passivo e inerte, desvinculando-se daquela figura que apenas pronunciava a vontade do legislador ou era o escravo da lei (“juiz boca da lei”) e inaugurando um novo momento na história dos direitos fundamentais. Esta inovação transmutou o personagem juiz no cenário político, haja vista que passa a deter a função de defensor da democracia, mesmo porque a prestação jurisdicional não é uma atividade exclusivamente jurídica, mas também provoca transformações políticas, sociais e econômicas.

A missão hermenêutica não é apenas a interpretação da lei ou da Constituição, mas de todo um acervo fático que repercute no conjunto de toda uma sociedade. Ademais, com a assunção do controle de constitucionalidade, o juiz passa a ser o mais importante guardião da

Constituição e dos direitos fundamentais. Observando o aumento das demandas judiciais para implementação de direitos, ganha maior destaque a atuação do Ministério Público e Defensoria Pública na promoção de ações coletivas, bem como a incumbência do juiz de preservar os direitos fundamentais e os valores constitucionais a partir de uma nova metodologia de atuação, de modo a tutelar direitos nos casos em que os métodos tradicionais de hermenêutica se tornaram insuficientes.

A questão política pode permear as decisões judiciais sem que isto incorra em qualquer manifestação partidária ou parcial. Ao contrário, é importante que as decisões sejam também políticas no sentido de analisar a conjuntura da sociedade e averiguar a medida cabível no caso concreto. Nesse sentido, as lições de Ronald Dworkin⁸:

Naturalmente, as decisões que os juízes tomam devem ser políticas em algum sentido. Em muitos casos, a decisão de um juiz será aprovada por um grupo político e reprovada por outros porque esses casos têm conseqüências para controvérsias políticas. (...) Um juiz que decide baseando-se em fundamentos políticos não está decidindo com base em fundamentos de política partidária. Não decide a favor da interpretação buscada pelos sindicatos porque é (ou foi) um membro do Partido Trabalhista, por exemplo. Mas os princípios políticos em que acredita, como, por exemplo, a crença de que a igualdade é um objetivo político importante, podem ser mais característicos de um partido político que de outros.

Alguns argumentos favoráveis e contrários aos juízes incorporarem a competência legislativa foram elucidados na obra de Ronald Dworkin⁹: a) As leis e as regras de direito costumeiro são vagas e devem ser interpretadas antes de serem aplicadas aos casos concretos; b) Os juízes devem, às vezes, criar um novo direito seja essa criação dissimulada ou explicitamente. Porém, ao fazê-lo, devem agir como se fossem delegados do Poder Legislativo, promulgando as leis que, em sua opinião, os legisladores promulgariam caso se vissem diante do problema; c) Os juízes criam leis em resposta a fatos e argumentos da mesma natureza daquelas que levariam a instituição superior a criar, caso estivessem agindo por iniciativa própria.

Ainda segundo Dworkin, os argumentos contrários ao juiz incorporar a competência legislativa são os seguintes: a) É enganoso o argumento de que os juízes legislam quando vão além de decisões políticas já tomadas por outras autoridades públicas. Este pressuposto não leva em consideração a importância de uma distinção fundamental na teoria política, qual seja: entre argumentos de princípio e argumentos de política. b) Não há dúvida que as decisões judiciais não originais, que apenas aplicam os termos claros de uma lei de validade inquestionável, são sempre justificadas pelos argumentos de princípio, mesmo que a lei em si tenha sido gerada por uma política. c) Se nos casos difíceis, em que nenhuma regra jurídica estabelecida prevê a decisão esperada para o caso concreto, a alternativa factível será a adoção de argumentos de princípio e não de política.

Considerado o posicionamento acima quanto à interveniência do Poder Judiciário na competência legislativa, preciso também destacar a relação com a competência do Poder Executivo, posto que a escolha de políticas públicas constitui atribuição deste a partir de um juízo de conveniência e oportunidade. Este juízo não quer dizer que o Poder Executivo pode deixar de efetivar políticas públicas, mas que ao promovê-las deve observar as necessidades prioritárias da população e os recursos orçamentários.

A implementação judicial de políticas públicas que tutelem os direitos fundamentais, diante da função garantidora e controladora do Poder Judiciário, não necessariamente viola o princípio da separação dos poderes quando se está frente a um abuso governamental. Esta função está em perfeita consonância ao princípio da harmonização dos poderes (art. 2º, CF) e à teoria dos freios e contrapesos, ainda que incorra em determinado aspecto naquilo que se convencionou denominar ativismo judicial.

Tornou-se comum a utilização da expressão ativismo judicial para designar o controle e as intervenções do Poder Judiciário em sede de efetivação de políticas públicas. Imprescindível, todavia, esclarecer que a judicialização de direitos é diferente de ativismo judicial. A judicialização viabiliza o acesso ao Poder Judiciário que, inclusive constitui uma das ondas renovatórias do processo, permitindo a todos ter suas demandas analisadas por uma decisão judicial. Violado um direito, nasce para o interessado uma pretensão que deve ser apreciada pelo Poder Judiciário, o que não significa que estará presente um ativismo, mas sim que aquela demanda “judicializou-se” face ao descumprimento da prestação devida pela outra parte. De fato, este fenômeno fundamenta as próprias bases do Estado Democrático de Direito.

Noutro norte, ativismo judicial remete, *a priori*, a uma indevida interferência do Poder Judiciário nas competências do Poder Legislativo, ao criar uma norma não contemplada no ordenamento jurídico e, conseqüentemente, usurpar a função legislativa. Pode convergir, ainda, para a indevida intromissão na esfera discricionária do Poder Executivo no cumprimento de seus deveres.

Relevante diferenciar duas formas de apresentação do ativismo judicial. A primeira pode ser denominada ativismo judicial inovador, por intermédio do qual há a criação pelo juiz de uma norma jurídica. A segunda exprime um ativismo judicial revelador, a partir do qual o juiz, valendo-se de preceitos e princípios constitucionais, revela o sentido de uma norma. Neste caso, não há criação de norma jurídica, e sim preenchimento do devido espaço que a ciência da hermenêutica necessariamente deve ocupar no mundo jurídico.

Anote-se que constatada a existência de uma política pública estipulada pelo Poder Executivo, o Poder Judiciário, ao deferir uma prestação incluída nesta, não está criando nem governando, e sim determinando o seu cumprimento, sendo evidente, neste caso, a existência do direito subjetivo do cidadão. Em sentido contrário, constatada a inexistência da respectiva política pública que atenda ao direito pleiteado em juízo, emerge a necessidade de analisar se a negativa da prestação social decorre de uma omissão legislativa ou administrativa.

Verificada a omissão administrativa, invoca-se, de acordo com Souza Neto¹⁰, sete parâmetros materiais para efetivação dos direitos sociais pelo Poder Judiciário: a) legitimidade, em regra, circunscrita à esfera de fundamentalidade material; b) legitimidade, em regra, restrita aos hipossuficientes; c) possibilidade de universalização da medida; d) dever de considerar o sistema de direitos sociais em sua unidade; e) prioridade para a opção técnica da Administração; f) prioridade para solução mais econômica; g) variação da intensidade do controle jurisdicional de acordo com os níveis de investimento em políticas sociais.

Certificada a omissão legislativa, deve-se analisar, com prudência, se a hipótese revela um silêncio eloquente do legislador ou uma lacuna. Caso o legislador, conhecendo da matéria, faça a opção por não dispor sobre ela e não sendo esta inação causa impeditiva do exercício de direitos fundamentais, revela-se a existência de um silêncio legítimo da lei. Em se tratando de lacuna que provoque uma omissão inconstitucional decorrente da inércia na edição de lei

regulamentadora de norma constitucional de eficácia limitada (programática), deve-se adentrar no campo dos limites aos direitos sociais para aferir se seria exigível outra conduta do legislador.

A construção histórica dos direitos sociais convergiu para que o Poder Judiciário atuasse cada vez mais na seara de seu aprimoramento, de modo que há um consenso de que em se tratando de direitos mínimos à dignidade da pessoa humana a intervenção do Poder Judiciário é legítima, devida e necessária em caso de inércia dos demais Poderes. Se esta intervenção será denominada judicialização de direitos ou ativismo judicial não importa, o que deve ser levado em consideração é a impossibilidade de que um direito fundamental não seja atendido a contento em razão de políticas públicas ineficientes ou de vácuos legislativos.

Concedida a tutela de direitos sociais fundamentais por via de uma decisão judicial, a alocação de recursos de outras áreas deve ser feita para cumprir o comando. Caso seja impossível o contingenciamento, provado processualmente, instaura-se, então, um conflito que não pode ser resolvido pelo juiz, porque neste ponto estará determinando que seja efetivada uma prestação em detrimento de um semelhante que será privado desta mesma prestação. Estar-se-á escolhendo entre duas grandezas iguais aquela prevalecente sem respeito aos critérios de isonomia. Somente nesta hipótese legitima-se o não cumprimento de uma demanda por direitos sociais, justificada pelo postulado da proporcionalidade, em sua máxima da adequação.

As demandas sociais são ilimitadas. Em contraponto, os recursos são limitados e escassos, motivo pelo qual o Poder Judiciário deve ponderar se, no caso concreto submetido à sua análise, está tutelando o direito em favor de um indivíduo sem impedir a universalização daquele direito aos indivíduos. Sendo a medida proporcional e não impediendo de outros direitos igualmente tutelados pelo ordenamento jurídico, nada pode obstaculizar a determinação judicial, ainda que para tanto seja necessário valer-se das prerrogativas do ativismo.

5. Conclusão

Desvinculado de um objetivo de estabelecer verdades universais, este estudo viabiliza a discussão sobre quais os limites e condições para se reconhecer ao indivíduo um direito subjetivo, de modo que possa exigir judicialmente do Estado uma determinada prestação material, com fundamento na dignidade da pessoa humana e em normas proclamatórias de direitos sociais fundamentais. Ainda que sob a égide de normas de cunho programático, vislumbra a possibilidade de um direito subjetivo individual a ser implementado pelo Estado.

Em momentos em que os Poderes Executivo e Legislativo permitem o vácuo na esfera de efetivação de direitos, o ativismo judicial insere-se como legítimo instrumento a tutelar a dignidade da pessoa humana inerente à consolidação de direitos mínimos. A judicialização das demandas sociais, máxime por via de ações coletivas perpetradas pelo Ministério Público, demonstra o pedido de socorro da sociedade à derradeira trincheira, isto é, ao último órgão legitimado a conceder aquela prestação material e que não fosse a inércia injustificada dos demais Poderes sequer precisaria exercer esta função.

O risco da adoção do ativismo judicial encontra-se na invasão de competências de outros Poderes, bem como na concentração excessiva de poderes num só órgão, que pode monopolizar a interpretação do direito e, com isto, quebrar a teoria dos freios e contrapesos,

premissa do Estado Democrático de Direito. Se assim analisado, há possibilidade de perda da legitimidade democrática do Poder Judiciário. Todavia, depreende-se que, na evolução da sociedade, as lacunas deixadas por um dos Poderes sempre encontraram resposta no preenchimento deste espaço por outro órgão, mesmo porque um direito consagrado não pode ficar a mercê da vontade política destoante da vontade constitucional e do povo, que legitima seus representantes escolhidos.

Por conseguinte, no constitucionalismo contemporâneo não basta a mera tergiversação de invasão de competências para inviabilizar a tutela de direitos. Afigura-se razoável e imprescindível alcançar um consenso mínimo a partir de um diálogo institucional promovido pela interação entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, bem como entre outras instituições, como Ministério Público e Defensoria Pública, além de outros órgãos estatais e a sociedade civil a fim de que sejam aproveitadas as capacidades institucionais de cada protagonista envolvido neste cenário e, nestes termos, seja buscada a promoção da máxima efetividade dos direitos fundamentais.

6. Referências bibliográficas

- ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acess to justice: the worldwide movement to make rights effective**. A general report. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.
- _____. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.
- DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- _____. **Taking Rights Seriously**. USA: HUP, 1978.
- MARMELSTEIN, George. **Caderno de Direito Constitucional: Controle Judicial dos Direitos Fundamentais**. Curitiba: Emagis, 2008.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. 1 ed. 2 tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.
- _____; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7 ed., 2 tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: alguns parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 515-551.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

- 1 Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia – UFU. Especialista em Direito Processual e Direito Constitucional. Graduada em Direito e Letras pela UFU. Promotora de Justiça no Estado de Mato Grosso do Sul.
- 2 A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu art. 4.º, dispõe que “*a liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.*”
- 3 As ondas renovatórias do processo dividem-se em assistência judiciária, coletivização dos direitos e efetividade do processo. O estudo do tema pode ser aprofundado na obra: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Access to justice: the worldwide movement to make rights effective. A general report**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.
- 4 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 295.
- 5 Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. Mariana Filchtiner Figueiredo. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 23.
- 6 *Ibidem*, p. 30.
- 7 O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 81/82.
- 8 DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 3-4.
- 9 DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. USA: HUP, 1978, p. 141.
- 10 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: alguns parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 515-551.

Concurso Público para Pessoas com Deficiência Intelectual

*Maria Aparecida Gugel**

Resumo

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) contém fundamentos essenciais e obrigatórios para a adaptação do concurso público e do conteúdo das provas para deficiência intelectual, sendo vedado ao Estado discriminar qualquer pessoa baseada na sua deficiência (artigo 5, item 2) e tendo o dever de adotar todas medidas apropriadas para garantir a adaptação razoável (artigo 5, item 3), para garantir a plena participação e inclusão na sociedade da pessoa com deficiência intelectual com efetivo acesso ao trabalho e ao emprego de livre escolha, dentre os quais está o acesso aos cargos e funções da administração pública (artigo 27, letra g). O edital do concurso público é a lei que regerá todo o certame e deve conter: informações e regramentos precisos de forma a delimitar seu objetivo e permitir aos candidatos a real compreensão sobre o número de cargos e/ou emprego público disponibilizado para o concurso público e o número de vagas reservadas às pessoas com deficiência; a denominação do cargo ou emprego público, a classe de ingresso e a remuneração inicial, bem como a descrição das atribuições e tarefas; a previsão de adaptação das provas com recursos de tecnologia assistiva adequados para as necessidades do candidato com deficiência, assim como do curso de formação e do estágio probatório; o período, o local e o valor da inscrição; a documentação a ser apresentada no ato de inscrição; o prazo de validade do concurso; a forma de publicação dos resultados e a forma de utilização das listas (geral e especial) para a nomeação; as atribuições da equipe multiprofissional em todas as fases do concurso público, principalmente a do estágio probatório. A adaptação do conteúdo das provas, por especialistas da área da deficiência, para as pessoas com deficiência intelectual como método de tecnologia assistiva é medida necessária para a concretização do direito de acesso ao concurso público em igualdade de oportunidade e inclui o critério da temporalidade adicional para a realização das provas e a previsão do apoio pessoal durante o período.

Introdução

A reserva de cargos está em andamento das relações de trabalho e, como se encontra no âmbito da administração pública direta e indireta?

A Organização das Nações Unidas (ONU) desde 1971 alerta a sociedade mundial e principalmente os países membros, por meio da Declaração dos Direitos de Pessoas com Deficiência Mental (Resolução nº 2856, de 20/12/71) que a pessoa com deficiência intelectual [o deficiente mental na designação dos decretos nº 3.298/99 e nº 5.296/04] deve gozar, no máximo grau possível, os mesmos direitos dos demais seres humanos (art. 1º), com segurança econômica, vida digna e, na medida de suas possibilidades, exercendo uma

atividade produtiva ou alguma ocupação útil (art. 3º).

A pessoa com deficiência intelectual, cuja natureza está contida no conceito de pessoa com deficiência da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (CDPD), é a mesma que está caracterizada no art. 5º, §1º, d, do decreto nº 5.296/04 como tendo funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como comunicação, cuidado pessoal, habilidades sociais, utilização dos recursos da comunidade, saúde e segurança, habilidades acadêmicas, lazer e trabalho.

O relatório da Organização Mundial da Saúde (OMS) revela que as taxas de empregabilidade e de renda tendem a ser baixas relativamente à gravidade da deficiência. A pessoa com deficiência intelectual figura atualmente no padrão mínimo dessa relação e, em ocupações de nenhuma complexidade e com menor remuneração.

No Brasil as instituições não governamentais de defesa dos direitos das pessoas com deficiência intelectual buscam soluções voltadas para o seu bem estar, sobretudo em relação à saúde e habilitação profissional e, quase sempre, conveniados com órgãos governamentais e empresas privadas. Com o advento do decreto nº 3.298/99 que regulamentou a lei nº 8.213/91 as entidades passaram a desenvolver programas de habilitação profissional para adolescentes e adultos com deficiência, em oficinas protegidas de produção e terapêutica na modalidade de trabalho apoiado, provendo-os com trabalho remunerado, visando a que alcançassem emancipação econômica e pessoal relativa. A partir desse momento, abriram-se as portas do mundo do trabalho para centenas de jovens e adultos com deficiência intelectual.

Em 2000 a lei de aprendizagem (lei nº 10.097), por meio de programas de formação técnico-profissional metódica, introduziu a mesma possibilidade de ingresso no mundo do trabalho de jovens com deficiência na condição de aprendiz. Excepcionou a idade máxima (24 anos) em decorrência do histórico nacional de falta de acesso e permanência das crianças e adolescentes com deficiência intelectual na escola. Para as pessoas com deficiência intelectual, no entanto, a previsão da lei de não levar em conta a faixa etária não foi suficiente. Daí porque, em 2005, a lei nº 11.180 com uma nova previsão esclarece que para a comprovação da escolaridade do aprendiz com deficiência intelectual devem ser consideradas as habilidades e competências relacionadas com a profissionalização.

Novos entraves surgiram na implementação das leis mencionadas: primeiro, convencer as famílias e os setores produtivos e de serviços sobre as potencialidades e capacidades de habilitação e qualificação profissional das pessoas com deficiência intelectual de forma a serem inseridas no mundo do trabalho; segundo, convencer órgãos governamentais e parlamentares sobre as possibilidades de serem edificados mecanismos legais para inserir no trabalho também as pessoas com deficiência intelectual beneficiárias da previdência e assistência social, sem comprometer o direito ao recebimento dos benefícios [pensão previdenciária e benefício da prestação continuada] que proporcionam razoável estabilidade econômica. Foram necessárias horas de contínuo e intenso diálogo para o convencimento sobre a eficácia dessa medida de ação afirmativa.

Finalmente em 2011, a lei nº 12.470/ 2011 alterou a lei previdenciária nº 8.213/91 (nos artigos 16, incisos I e III, 72, §3º e 77, § 2º, incisos II e III, e § 4º) e declarou que as pessoas com deficiência intelectual e mental, dependentes do segurado (filho ou irmão declarados judicialmente absoluta ou relativamente incapazes), podem trabalhar com a redução de 30% do valor da pensão ou seja, é possível acumular a remuneração recebida decorrente de um

contrato de trabalho e os 70% do valor da pensão previdenciária. Essa mesma norma alterou significativamente a lei nº 8.742/93 (LOAS) afirmando que a remuneração da pessoa com deficiência na condição de aprendiz não será considerada para o cálculo da renda *per capita* da família para o direito de receber o benefício da prestação continuada (BPC) e que ao ser contrato como aprendiz a pessoa com deficiência não terá a suspensão do benefício de prestação continuada, limitado a 2 (dois) anos.

Complemente-se que a nova previsão da lei nº 12.470/2011 permite o trânsito da pessoa com deficiência da assistência social para o trabalho, e vice-versa. No momento em que o beneficiário assinar um contrato de trabalho, ou tiver uma atividade empreendedora, autônoma ou cooperativada, será suspenso o benefício da prestação continuada. Uma vez rescindido o contrato de trabalho e a permanecerem as condições poderá retornar ao BPC.

Embora a colocação e permanência de pessoas com deficiência intelectual no mundo do trabalho com suas limitações cognitivas ainda esbarre na prática empresarial do desempenho, tudo parece estar em andamento no âmbito das relações de trabalho que detém medida de ação afirmativa específica consistente na reserva de cargos em empresas na forma da regra do art. 93, da lei nº 8.213/91, visando a alcançar o pleno exercício e equitativo direito ao trabalho da pessoa com deficiência intelectual.

Porém, no âmbito da administração pública direta e indireta nada foi alterado, atualizado ou promovido e à pessoa com deficiência intelectual não foi ainda permitido o acesso ao concurso público e, em consequência, aos cargos e empregos públicos preconizados constitucionalmente.

1. A Constituição da República, a leis, a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (CDPD) e o direito de a pessoa com deficiência intelectual prestar concurso público

O comando constitucional (art. 37, I e II da Constituição da República) determina que a todos os brasileiros que preenchem os requisitos estabelecidos em lei é facultado o acesso a cargos, empregos e funções públicas, por meio de aprovação em concurso público de provas, sendo que as pessoas com deficiência podem optar pela reserva de vagas (art. 37, VIII da Constituição da República; art. 5º da lei nº 8.112/90).

Parte do comando constitucional está regulamentada na lei nº 8.112/90 que assegura à pessoa com deficiência inscrever-se em concurso público para provimento de cargo “cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência”, em igualdade de condições com os demais candidatos, sendo-lhes reservadas até 20% das vagas oferecidas no concurso (art. 5º, §2º). Referida lei, no entanto, não fixa o percentual da reserva a incidir na totalidade de cargos a exemplo das empresas privadas e, permite ao administrador determinar os cargos que ao seu juízo sejam compatíveis com a deficiência, criando uma perversa forma de discriminação institucional pelo próprio estado brasileiro. Em princípio, todas as atividades são possíveis de serem exercidas pelas pessoas com deficiência, observadas as devidas e necessárias regras de acessibilidade e adaptações razoáveis.

Os procedimentos para a realização de concurso público com a participação de candidatos com deficiência estão regulamentados no decreto nº 3.298/99 (artigos 39-41), quanto aos requisitos de inscrição e condições das provas, forma de publicação dos resultados em listas

geral e especial, constituição de equipe multiprofissional para a avaliação do estágio probatório e outros.

Não obstante a existência de tais regras, não há acesso para as pessoas com deficiência intelectual aos concursos públicos, é impossível para elas o exercício de tal direito. Quando da elaboração de um concurso público a pessoa com deficiência intelectual não é considerada, sequer é cogitada a sua participação.

Daí porque a necessária conscientização da sociedade e das entidades não governamentais sobre o direito ao concurso público para pessoas com deficiência intelectual e para que estimulem os administradores públicos locais a adaptarem os certames públicos para pessoas com deficiência intelectual em cargos e empregos públicos que dispensam a comprovação de escolaridade, de forma a avaliar as suas competências e habilidades para o exercício da função, a exemplo do que já ocorre nas relações de trabalho com o jovem aprendiz com deficiência. No entanto, a hipótese ainda não encontrou eco, sequer providências ou implementação por parte do administrador público municipal, estadual ou federal.

Adaptar as provas para os candidatos com deficiência é tornar o seu conteúdo [que é o mesmo para todos os candidatos] acessível de forma que possam se apropriar do inteiro teor das questões formuladas e, ao mesmo tempo, ter condições de apresentar a resposta à formulação (GUGEL, 2006, p.100-101).

Diretriz da CORDE do ano de 2002, atualmente Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos das Pessoas com Deficiência da Secretaria de Direitos Humanos (SNPD/SDH), sugeria que quando da elaboração das provas fossem priorizadas para a respectiva avaliação as atividades e tarefas inerentes às funções dos cargos disponibilizados. Porém, e infelizmente, essa diretriz ainda não foi recepcionada pelos responsáveis da elaboração de certames públicos:

A solução para concursos públicos que avaliam conhecimentos básicos e aptidões específicas foi encontrada e sugerida pela Coordenadoria Nacional de Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - CORDE a partir de estudos realizados, de que:

Todas as provas devem ter conteúdo que priorize as funções que efetivamente serão desempenhadas. Assim, em concursos que exijam testes físicos, estes devem ser realizados com as adaptações possíveis que não descaracterizem o conteúdo das provas, permitindo-se a qualquer pessoa o direito de inscrever-se e participar do exame de seleção. Ainda quanto ao conteúdo das provas, nos concursos em que os conhecimentos técnicos são dispensáveis, não há que se exigir a comprovação de escolaridade através de certificado, atribuindo-se maior peso aos resultados obtidos nas provas práticas (CORDE, 2002). (GUGEL, 2006, p.99)

Destaque-se que esse antigo encaminhamento da CORDE serviu de parâmetro para a lei nº 11.180/2005 que alterou a lei aprendizagem e atualmente determina que na comprovação da escolaridade do aprendiz com deficiência intelectual sejam consideradas as habilidades e competências relacionadas com a profissionalização.

Pois bem, a resistente omissão do administrador público em não adaptar concursos públicos não poderá ser mais aceita, passível que é de ser tipificada como discriminação da pessoa com deficiência intelectual. Isso porque, a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência determina a adoção de medidas e legislação apropriadas para “empregar pessoas com deficiência no setor público” (art. 27, g), ou seja, todas as pessoas que têm impedimentos

de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais [os impedimentos], em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas (artigo 1).

A CDPD tem a dimensão de equivalência constitucional decorrente da aprovação qualificada no Congresso Nacional, na forma prevista no art. 5º, § 3º, da Constituição da República e “tem lastro diferenciado e, portanto, significativo para o campo da reparação extrajudicial e judicial de direitos violados por práticas genéricas de discriminação por ação ou omissão” (Gugel, in FERRAZ, 2011, p. 413).

Estão delineados na CDPD os fundamentos para obrigar municípios, estados, distrito federal e a administração pública federal a adaptarem os concursos públicos para pessoas com deficiência intelectual em cargos e empregos públicos que dispensam a comprovação de escolaridade, de forma a avaliar as suas habilidades para a função porque i) a deficiência de natureza intelectual integra o conceito e o rol de pessoas a quem é assegurado o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais (artigo 1); ii) é vedado ao Estado discriminar qualquer pessoa baseada na sua deficiência (artigo 5, item 2); iii) para promover a igualdade de oportunidades e eliminar a discriminação os Estados devem adotar medidas apropriadas para garantir a adaptação razoável (artigo 5, item 3), não só em relação à condição da deficiência da pessoa mas também no que diz respeito às provas do concurso público; iv) para garantir a plena participação e inclusão na sociedade da pessoa com deficiência intelectual é necessário efetivo acesso ao trabalho e ao emprego de livre escolha, dentre os quais está o acesso aos cargos e funções da administração pública (artigo 27, letra g).

A referência à adaptação razoável no artigo 5, item 3, da CDPD, é categórica e se justificativa como mecanismo necessário para se atingir a efetiva igualdade de oportunidades das pessoas com deficiência intelectual com as demais pessoas.

A definição de adaptação razoável são as modificações e os ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional ou indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar às pessoas com deficiência o gozo ou exercício, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais (artigo 2, da CDPD). Portanto, os concursos públicos em todas as etapas, o conteúdo das provas e formas de aferição devem passar, quando necessário e segundo a deficiência do candidato, por adaptação razoável.

Recusar-se ou omitir-se a proceder à adaptação razoável é impedir o exercício das pessoas com deficiência, em igualdade de condições com as demais pessoas, ao direito de acesso ao concurso público. É uma forma de discriminação por motivo de deficiência, conforme o conceito de discriminação por motivo de deficiência do artigo 2, da CDPD:

“Discriminação por motivo de deficiência” significa qualquer diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, com o propósito ou efeito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o desfrute ou o exercício, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais nos âmbitos político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro. Abrange todas as formas de discriminação, inclusive a recusa de adaptação razoável.

Daí porque afirmar-se que as normas existentes que dispõem sobre a reserva de vagas para pessoas com deficiência em concurso público, e que não contradigam os parâmetros da

CDPD, estão por esta revigoradas e com imediata aplicação nos concursos públicos em curso e futuros.

Conclui-se que o administrador público ao preterir, impedir ou impossibilitar a participação de pessoas com deficiência intelectual em certames públicos, deixando de adotar medidas, identificar e eleger cargos e funções possíveis de serem exercidas por pessoas com deficiência intelectual e de proceder à adaptação razoável nas provas para aferir a capacidade dos candidatos, caracteriza ação discriminatória por ato omissivo que redundará na exclusão dessas pessoas. Tal omissão tem o efeito de impedir o exercício de um direito de acesso a cargos e empregos públicos por meio do concurso público que é facultado, na dicção do art. 37, I e II, da Constituição da República a todos os brasileiros [incluídos os brasileiros com deficiência intelectual] que preencham os requisitos estabelecidos em lei.

Lembre-se também da lei nº 7.853/89, referente às medidas judiciais destinadas à proteção dos interesses das pessoas com deficiência que, no art. 8º, II, constitui o crime punível com reclusão de 3 (três) a 5 (cinco) anos e multa para quem obstar a inscrição em concurso público ou acesso de alguém a qualquer cargo e emprego público, por motivos de sua deficiência.

2. Regras do edital do concurso público

O edital do concurso público é a lei que regerá todo o certame e deve conter:

- informações e regramentos precisos de forma a delimitar seu objetivo e permitir aos candidatos a real compreensão sobre o número de cargos e/ou emprego público disponibilizado para o concurso público e o número de vagas reservadas às pessoas com deficiência;
- a denominação do cargo ou emprego público, a classe de ingresso e a remuneração inicial, bem como a descrição das atribuições e tarefas;
- a previsão de adaptação das provas com recursos de tecnologia assistiva adequados para as necessidades do candidato com deficiência, assim como do curso de formação e do estágio probatório;
- o período, o local e o valor da inscrição;
- a documentação a ser apresentada no ato de inscrição;
- o prazo de validade do concurso;
- a forma de publicação dos resultados e a forma de utilização das listas (geral e especial) para a nomeação;
- as atribuições da equipe multiprofissional em todas as fases do concurso público, principalmente a do estágio probatório.

Por recurso de tecnologia assistiva entenda-se os produtos, recursos, metodologias, estratégias, práticas e serviços que objetivam promover a funcionalidade, relacionada à atividade e participação, de pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida, visando sua autonomia, independência, qualidade de vida e inclusão social (definição do grupo de trabalho para a proposta do Estatuto da Pessoa com Deficiência – Portaria SDH/PR nº 616/2012 para o art. 6º, III, do Projeto de Lei nº 7.699/2006).

A adequada utilização das listas geral e especial que contém a publicação dos candidatos classificados é fundamental para a nomeação do candidato com deficiência. Os critérios da alternância e da proporcionalidade, entre as listas e o percentual de 5% do número de

candidatos chamados para a nomeação, são os únicos aptos a efetivar o princípio da isonomia no seu aspecto material para o acesso ao concurso público de pessoas com deficiência. Esses critérios decorrem da norma regulamentadora, o decreto nº 3.298/99 e estão inseridos nos artigos 37, § 1º e 42.

O candidato com deficiência, na forma do art. 41, do decreto nº 3.298/99, participa do concurso público em igualdade de condições com os demais candidatos quanto ao conteúdo das provas, a avaliação e aos critérios de aprovação, ao horário e ao local de aplicação das provas e, à nota mínima exigida para todos os demais candidatos. No entanto, para que o princípio fundamental da igualdade de oportunidades se efetive é necessária a adequada adaptação do conteúdo das provas para os candidatos com deficiência intelectual.

3. Adaptação do conteúdo das provas para candidatos com deficiência intelectual

A adaptação do conteúdo das provas para as pessoas com deficiência intelectual como método de tecnologia assistiva é medida necessária para a concretização do direito de acesso ao concurso público em igualdade de oportunidade. Os procedimentos de adaptação do conteúdo das provas devem possibilitar a aferição das habilidades e competências e conter regras definidas para a avaliação, posto que se tratam de mecanismos fundamentais para convalidar o princípio da não-discriminação.

Aspecto importante que efetiva o princípio da livre escolha do candidato ao trabalho (art. 27, 1, CDPD), é o de que o edital de concurso público contenha a relação dos cargos disponibilizados para o preenchimento, com a descrição das atribuições, as atividades e tarefas que a função exige do servidor/empregado público. Essa informação tem dupla função: i) a de permitir que cada candidato avalie as suas possibilidades em desenvolvê-las e decida se participará do certame público e, ii) a de propiciar ao responsável pela elaboração das provas do concurso público elementos para adaptar os seus conteúdos de maneira a avaliar as competência e habilidades do candidato, segundo as necessidades dos cargos e funções.

É importante reforçar que a adaptação das provas terá por base os recursos de tecnologia assistiva adequados (adaptação do conteúdo das perguntas das provas, Braille, Libras, etc.) para as necessidades do candidato com deficiência, incluído o curso de formação e o estágio probatório. Para tanto, é necessária a previsão expressa no edital de concurso público de que serão levadas em conta no conteúdo adaptado das provas as competências e habilidades dos candidatos com deficiência intelectual. Conseqüentemente, a avaliação das provas deverá ser diferenciada.

Os critérios de elaboração das provas por especialistas da área da deficiência devem ser baseados em textos orais ou escritos, com a utilização de palavras mais simples e sentenças mais curtas, apresentando sempre uma ideia ou informação de cada vez, sem o uso de metáforas ou abstrações. A apresentação das provas deverá clara e limpa, podendo conter letras em caixa alta para prender a atenção do candidato e facilitar a leitura. Quando se entender próprio, poderá lançar mão do recurso de imagens, fotos, desenhos e esquemas que objetivem a melhor compreensão do conteúdo:

Os textos, sejam eles orais ou escritos, devem utilizar palavras mais simples e sentenças mais curtas, apresentando sempre uma ideia ou informação de cada vez. O uso de metáforas também não é aconselhável, já que a sua compreensão requer uma

abstração que algumas vezes as pessoas com deficiência intelectual têm dificuldade em alcançar.

Quanto à forma, deve-se optar por fontes simples sobre fundo liso, letras em caixa alta e design mais claro e limpo. Acrescentar imagens, fotos, desenhos, esquemas, infográficos ou qualquer tipo de apoio visual também é importante e facilita muito a compreensão.

<http://www.movimentodown.org.br/jovens-e-adultos/o-que-e-comunicacao-acessivel/>

O critério da temporalidade adicional também é fundamental para a realização das provas. O tempo adicional, na medida mínima de duas horas adicionais, deve ser estabelecido de maneira a permitir que o candidato com deficiência intelectual organize e compreenda o conteúdo da prova e desenvolva as respostas.

Outro fundamental recurso de tecnologia assistiva para concretizar o princípio da igualdade de oportunidade é a previsão do apoio pessoal durante a realização das provas. O apoio tem com o objetivo principal dar suporte emocional ao candidato com deficiência intelectual e também esclarecimentos visando a contribuir para a compreensão do conteúdo das perguntas e, assim colaborar para potencializar a autonomia ao candidato para as respostas.

Lembre-se que o resultado eficaz com a adaptação do conteúdo das provas só será alcançado com a constituição da equipe multiprofissional com profissionais da área da deficiência intelectual (exemplo de psicólogo, fonoaudiólogo, profissionais da área de educação profissional, pedagogos com experiência em ensino e aprendizagem, assistente social, etc.) visando a tornar efetivo o apoio em todas as etapas do concurso público, na forma preconizada no art. 43, do decreto nº 3.298/99, especialmente quanto à viabilidade das condições de acessibilidade às provas e, posteriormente em caso de nomeação do candidato no curso do estágio probatório, nas adaptações do ambiente de trabalho para a execução das tarefas e cumprimento das regras do art. 20, da lei nº 8.112/90 (assiduidade, disciplina, capacidade de iniciativa, produtividade e responsabilidade).

4. Conclusões

- 1 A CDPD contém fundamentos essenciais para a obrigatoriedade de adaptação do concurso público e do conteúdo das provas para deficiência intelectual que são: o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais (artigo 1); é vedado ao Estado discriminar qualquer pessoa baseada na sua deficiência (artigo 5, item 2); O Estado deve adotar todas medidas apropriadas para garantir a adaptação razoável (artigo 5, item 3); para garantir a plena participação e inclusão na sociedade da pessoa com deficiência intelectual é necessário efetivo acesso ao trabalho e ao emprego de livre escolha, dentre os quais está o acesso aos cargos e funções da administração pública (artigo 27, letra g).
- 2 O edital do concurso público é a lei que regerá todo o certame e deve conter: informações e regramentos precisos de forma a delimitar seu objetivo e permitir aos candidatos a real compreensão sobre o número de cargos e/ou emprego público disponibilizado para o concurso público e o número de vagas reservadas às pessoas com deficiência; a denominação do cargo ou emprego público, a classe de ingresso e a remuneração inicial, bem como a descrição das atribuições e tarefas; a previsão de adaptação das provas

com recursos de tecnologia assistiva adequados para as necessidades do candidato com deficiência, assim como do curso de formação e do estágio probatório; o período, o local e o valor da inscrição; a documentação a ser apresentada no ato de inscrição; o prazo de validade do concurso; a forma de publicação dos resultados e a forma de utilização das listas (geral e especial) para a nomeação; as atribuições da equipe multiprofissional em todas as fases do concurso público, principalmente a do estágio probatório.

3 A adaptação do conteúdo das provas, por especialistas da área da deficiência, para as pessoas com deficiência intelectual como método de tecnologia assistiva é medida necessária para a concretização do direito de acesso ao concurso público em igualdade de oportunidade e inclui o critério da temporalidade adicional para a realização das provas e a previsão do apoio pessoal durante o período.

5. Bibliografia

- DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA MENTAL. . Entre amigos – Rede de informação sobre deficiência. São Paulo. Disponível em:
<http://www.entreamigos.com.br/noticias/declaracao.html>. Acesso em: 08 out 04.
- DECRETO Nº 6.949, DE 25/08/2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York.
- FERRAZ, Carolina Valença, George Salomão Leite, Glauber Salomão Leite e Glauco Salomão Leite, orgs. Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência. São Paulo : Editora Saraiva, 2012.
- GUGEL, Maria Aparecida. Pessoas com Deficiência e o Direito ao Concurso Público: reserva de cargos e empregos públicos, administração pública direta e indireta - Goiânia : Ed. da UCG, 2006.
- _____. Pessoa com Deficiência e o Direito ao Trabalho : Reserva de Cargos em Empresas, Emprego Apoiado - Florianópolis : Obra Jurídica, 2007.
- GUGEL, Maria Aparecida, Waldir Macieira da Costa Filho, Lauro Luiz Gomes Ribeiro, org.. Deficiência no Brasil : uma abordagem integral dos direitos das pessoas com deficiência - Florianópolis : Obra Jurídica, 2007.
- FEDERAÇÃO NACIONAL DAS APAES. Educação profissional e trabalho para pessoas com deficiências intelectual e múltipla – Plano orientador para gestores e profissionais – Brasília: Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais – APAE/DF, 2007.
- MANUAL MUDE SEU FALAR QUE EU MUDO MEU OUVIR. Carolina Yuki Fijihira, Ana Beatriz Pierre Paiva, Beatriz Ananias Giordano, Carolina de Vecchio Maia, Carolina Reis Costa Golebski, Claudio Aleoni Arruda e Thiago : Associação Carpe Diem.
- MOVIMENTO DOWN. Comunicação acessível <http://www.movimentodown.org.br/jovens-e-adultos/o-que-e-comunicacao-acessivel/>

* Subprocuradora-geral do Trabalho, Ministério Público do Trabalho. Doutoranda pela Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”, Facoltà di Giurisprudenza, Autonomia Individuale e Collettiva.

O Controle da Administração Pública pelo Ministério Público e a Efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais

*Mário Ypiranga Monteiro Neto**

1. Síntese Dogmática da Proposição e Fundamentação

O ponto central da presente tese refere-se à questão da participação do Ministério Público no controle da Administração Pública e a efetivação dos direitos fundamentais sociais, que vêm sendo discutidos doutrinariamente e por meio dos julgados de nossos tribunais, sendo importante o enfrentamento e a investigação científica. Assim, entende-se que os abusos, excessos ou desvios do Poder Executivo devem ser reprimidos, numa postura ativa de controle, ao pleitear que os direitos fundamentais possam ser efetivados com programas de ação governamental e o controle seja feito pelo Ministério Público, de forma extraprocessual ou através de ações junto ao Poder Judiciário, na verificação da conformidade da atividade administrativa às normas ou aos princípios, conforme o interesse público. Uma contribuição possível do Ministério Público para efetivação desses direitos e a análise da provocação do controle jurisdicional da Administração Pública e sua vinculação à constitucionalidade e aos princípios constitucionais são mecanismos importantes. Acredita-se, portanto, com fundamento nas funções institucionais disciplinadas no art. 129 da Constituição Federal e nas demais Leis federais, que o controle da Administração pública, a partir da intervenção do Ministério Público, é certamente instrumento válido para o desenvolvimento nacional e a efetivação dos direitos fundamentais sociais.

2. Exposição, Justificativa e Fundamentação

2.1. Fatores de evolução, concepção sociológica e precedentes de uma teoria evolutiva dos direitos fundamentais

Há precedentes históricos e sociológicos que permitiram, certamente, um processo de internacionalização e universalização dos direitos humanos. Na Inglaterra, houve antecedentes históricos de formação desses direitos, encontrados nas Cartas Inglesas, como a Magna Carta (1215), a Petition of Rights (1628) e o Bill of Rights (1688).

Flávia Piovesan informa que a polêmica sobre o fundamento e a natureza dos direitos humanos sempre se mostrou intensa, discutindo-se se os direitos são naturais e inatos ou positivos e históricos, ou, ainda, se derivam de determinado sistema moral. O Direito Humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho são os primeiros marcos do processo de internacionalização dos direitos humanos. Foi necessário redefinir o âmbito e o alcance do conceito de soberania estatal, a fim de que se permitisse o advento dos direitos humanos como questão de legítimo interesse internacional e redefinir o indivíduo no cenário internacional como sujeito de direito internacional¹.

Não se pode negar a organização da vida social na criação dos direitos fundamentais e sua

inclusão nos textos constitucionais, como fundamentos de um Estado liberal, que ganha, com a Revolução Francesa de 1789, a positivação e a universalização desses direitos. O indivíduo, pouco a pouco, passa a ser sujeito de direitos internacionais, pois os direitos humanos situam-se na esfera de vigilância internacional, não mais restritos ao domínio apenas do Estado. Houve, nesse ponto, uma transição dos direitos de liberdade para os direitos fundamentais constitucionais.

A origem dos direitos fundamentais no contexto histórico apresentado foi produto do conflito e das necessidades socioeconômicas das classes sociais que fomentavam os movimentos revolucionários, v.g., a Revolução Americana e a Revolução Francesa, apresentando-se, atualmente, como problema de concretização.

O motivo do histórico para a presente tese é a correlação entre a evolução dos direitos humanos e a limitação ou restrição do poder estatal por meio desses direitos, positivados nas Declarações e como formação do Estado Constitucional, com fundamento de liberdade e garantias, como veremos minuciosamente a seguir.

2.2. As Declarações de Direitos como marco para a sistematização dos direitos fundamentais e a origem dos direitos sociais

As declarações de direitos surgiram, dentro do plano sociológico e histórico, como movimento de defesa dos direitos humanos contra o poder arbitrário e, portanto, como limitação do poder estatal. Sem dúvida, os fatores de reconhecimento dos direitos humanos são de ordem filosófica e religiosa, decorrentes de dogmas cristãos, da igualdade entre os homens, influenciando, assim, a par de uma versão racionalista do direito natural, as Declarações de direitos.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 foi importante marco para a universalização dos direitos humanos.

As Declarações contribuíram para a incorporação de direitos fundamentais nas Constituições. Os Estados atentaram para a necessidade de proteção e defesa dos direitos humanos em nível internacional, para fundamentar a coexistência pacífica entre as nações.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas e adotada em 10 de dezembro de 1948, marco histórico da universalidade do reconhecimento dos direitos humanos, estabeleceu categorias de direitos como os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais, que surgem como resposta direta ao momento histórico absolutista, com intenção de impor limites à atuação estatal. Nesse contexto, a atividade do Estado estava limitada ao princípio da legalidade e ao respeito aos direitos humanos.

Os direitos fundamentais sociais surgem com base no princípio da igualdade, da necessidade de garantir a todos um mínimo de condição existencial, como reação à opressão econômico-histórica sobre a classe trabalhadora.

É fácil observar que a constitucionalização dos direitos sociais no século XX impôs a necessária intervenção do Estado e, em última análise, da atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário para garantir a implementação dos referidos direitos.

2.3. Do fundamento dos direitos humanos aos direitos fundamentais sociais

A concepção coerente dos direitos humanos resume-se na outorga desses direitos a cada

ser humano, sem distinção ou hierarquia, impondo-se ao legislador a impossibilidade de edição da lei em desconformidade com essa isonomia.

O respeito à dignidade humana é requisito para essa noção de direitos humanos. As ações humanas são protegidas e, ao mesmo tempo, limitadas pelo Estado de Direito, que se alicerça na democracia.

É certo que a efetivação desses direitos, já na esfera recente de direitos sociais, requer disponibilidade econômica, mas não deve dispor o Administrador Público de ampla liberdade, exigindo-se uma adequada aplicação e o controle dos recursos públicos, inclusive para preponderar os valores em conflito, tendo em vista a multifuncionalidade e as mudanças que eles ensejam, sendo relevante a participação do Ministério Público nesse controle, ora limitando, ora induzindo a ação estatal.

2.4. Os direitos fundamentais sociais como necessidade emergente à dignidade humana e a intervenção necessária do Ministério Público

Certamente um dos entraves ao desenvolvimento socioeconômico brasileiro é a ineficácia das normas fundamentais sociais, cujo estudo cresce em importância, bem como a investigação de fatores e possíveis soluções.

Nesse sentido, a abstenção do administrador ou a insuficiente política específica dariam margem ao controle judicial mediante intervenção do Ministério Público, em face da proibição de retrocesso, buscando-se, assim, uma tutela da objetividade jurídica dos direitos fundamentais, como, por exemplo, os valores saúde, educação ou trabalho.

Um óbice que se coloca para a efetivação dos direitos sociais considerados como direitos subjetivos é a questão orçamentária, numa constante contenda entre direito e política. Até aonde pode ir o controle judiciário e a coerção para implementação das normas de direitos sociais? Certamente, a atuação da Administração Pública deve pautar-se pelo princípio da proporcionalidade nessa zona de incertezas.

Há que se permitir a evolução na interpretação mais objetiva dos direitos fundamentais e sua função reestruturante no Estado Democrático de Direito. Nesse diapasão, o Ministério Público, através das Ações Cíveis Públicas, tem papel importante na fomentação da realização de políticas públicas relativas aos direitos fundamentais sociais.

2.5. A participação do Ministério Público quanto ao controle jurisdicional da Administração Pública e a efetivação dos direitos fundamentais sociais

O Poder Executivo, responsável pela implementação de políticas públicas se sujeita a uma limitação, vinculada à lei, assim como ao atendimento de princípios constitucionais. O controle judicial é atividade exercida para proteger o cidadão em face da Administração Pública, relevante mecanismo para assegurar a efetividade dos direitos fundamentais sociais, bem como impedir a ilegalidade, o abuso de poder ou o desvio.

Em nosso regime presidencialista, em que, muitas vezes, os interesses político-partidários interferem no adequado desempenho das funções legislativa e executiva, torna-se mais necessário o controle jurisdicional. É necessário dizer que o poder discricionário da administração pública não se traduz em uso arbitrário do Direito na implementação de programas e planos de governo. Não permite o distanciamento dos princípios constitucionais, pois no exercício da atividade controladora, haverá de se analisar os valores principiológicos, para verificar se a Administração Pública cumpriu o ordenamento jurídico.

Considera-se que o controle judicial, por meio de ações do Ministério Público, pode ser o caminho adequado à efetivação desses direitos.

Vem daí o incessante apelo à formulação de um controle que busque a efetivação desses direitos fundamentais, principalmente quanto ao desenvolvimento econômico.

Uma nova interpretação do constitucionalismo moderno faz-se necessária, bem como da dimensão e intensidade do controle judicial e a teoria da interpretação de que falou Peter Häberle, como sendo uma teoria que pretenda contemplar, num mesmo contexto, a questão dos objetivos e métodos de interpretação e a questão referente aos participantes da interpretação constitucional².

A inafastabilidade da tutela jurisdicional quanto ao controle da Administração através da atuação do Ministério Público, utilizando-se da jurisprudência constitucional, importará a evolução ou involução do Estado.

Há que se permitir uma ampliação do controle judicial da Administração Pública no Brasil, através das ações civis propostas pelo *Parquet* objetivando a salvaguarda dos direitos fundamentais sociais.

2.6. A utilização pelo Ministério Público de princípios limitadores e controladores da atividade administrativa para a adequada efetivação dos direitos fundamentais sociais

O positivismo está superado quanto à compreensão do controle judicial da discricionariedade e da valoração administrativa dos conceitos indeterminados, como controle de juridicidade e não apenas de legalidade. Vivemos uma época de transição do Direito “por regras” ao Direito “por princípios”, conseqüência da insuficiência das leis na realização da Justiça, como informa Germana Moraes³.

O controle principiológico da Administração Pública ressalta a necessidade de a discricionariedade administrativa estar vinculada aos princípios fundamentais, em face da inexistência de atos exclusivamente políticos, que, em um primeiro momento, não poderiam ser questionados em âmbito judicial. O controle de adequação e do mérito administrativo deve ser realizado sempre que houver desvio da finalidade pública.

O controle da Administração, portanto, deve ser eficiente no sentido de reprimir atentados ao regime democrático sob a pecha da discricionariedade, obrigando o Estado-Administração ao cumprimento do programa governamental, mormente quanto aos direitos fundamentais.

Há que se desenvolver uma teoria sobre a evolução do controle da Administração Pública, fundamentada em um sistema de normas, princípios e análise axiológica da atividade estatal para garantir ao cidadão a participação no desenvolvimento social, em respeito aos tratados internacionais e às normas constitucionais. Nesse sentido, a discricionariedade passa a ser substituída pela justificação principiológica dos atos administrativos.

Portanto, a falta de implementação de políticas públicas de saúde ou educação, por exemplo, demandará a prestação jurisdicional como direito difuso a ser tutelado, sem caracterizar ingerência indevida de um Poder (Judiciário) em outro (Executivo), nem quebra do princípio da separação e harmonia dos Poderes, mas, sim, uma redução legal da discricionariedade administrativa e conseqüente amplitude da eficácia dos direitos sociais descritos pela Constituição Federal, a partir da teoria dos princípios.

Ainda há algum receio dos Tribunais de Justiça em desatender ao princípio da separação

dos Poderes, interpretado de forma deficiente e precária. De ordinário, pode o Judiciário compelir o Executivo a cumprir a lei, sendo que essa imposição não vulnera o referido princípio, senão o fortalece.

De fato, caberá aos Tribunais dar um novo sentido, mais prático e mais humano à concretização de direitos, como a educação ou a saúde, e imprimir um caráter não só compromissário, mas normativo à Constituição Federal.

Nesse contexto de criação jurisprudencial, será relevante, no Brasil, a ampla proteção judicial dos direitos sociais. Entendo, assim, ao contrário de algumas tendências modernas de interpretação, que ao Judiciário cabe concretizar os direitos sociais, por meio da análise de ações civis propostas pelo Ministério Público, quando houver inércia, responsabilizando, ainda, o administrador público.

Reafirmo que tal situação não fere o princípio da separação dos Poderes nem representa interferência indevida do Poder Judiciário no âmbito de atuação dos Poderes Legislativo e Executivo. Certamente, a definição de programas e estratégias na aplicação de recursos públicos (políticas públicas) para atendimento das necessidades populares cabe ao Administrador, por definição de competência constitucional, porém a omissão conduz à aplicação da lei de forma coercitiva, que não pode ser descuidada, sob pena de perder a Constituição e as leis a função ordenadora e conformadora da vida social.

Assim, ampliar o controle jurisdicional da Administração Pública não restringe a participação popular, senão a insufla, deslocando-a apenas para o “espaço judiciário”. A sociedade entra no campo jurídico para lutar e defender direitos como nas ações civis públicas ou nas ações populares, em que a cidadania participativa se manifesta pelo Poder Judiciário.

Fábio Konder Comparato, ao comentar o tema, entende pela necessidade de afastar-se a clássica objeção de que o Judiciário não tem competência para julgar “questões políticas”, asseverando que a inconstitucionalidade de uma política governamental pode ocorrer quanto à finalidade e também em relação aos meios escolhidos para sua realização ou ainda por omissão estatal.⁴

Arremata Fábio Konder Comparato, afirmando como seriam os efeitos jurídicos de uma decisão 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, previamente, a realização dessa política.⁵

Caberá ao Ministério Público, mediante, por exemplo, a Ação Civil Pública, avaliação da correspondência entre o ato administrativo e os princípios da administração pública e a efetivação dos direitos fundamentais. Não pode resistir a Administração Pública à necessária submissão de seus atos ao Poder Judiciário, como a implementação das políticas públicas, no sentido de que o questionamento se tornará necessário no instante em que tais programas

fugirem do interesse público pelo descumprimento de imposição constitucional.

Os princípios jurídicos informam os atos dos poderes públicos, pois se equiparam à própria norma e, desse modo, a administração pública deverá fundamentar seus atos em acatamento aos princípios da publicidade, da moralidade, da eficiência, da razoabilidade e da proporcionalidade, sob pena de ter o ato invalidado pelo controle judicial.

A obrigatória concretização dos direitos fundamentais vincula os três Poderes e enseja o controle do Ministério Público e do Poder Judiciário para garantir a força normativa.

2.7. A importância da atuação do Ministério Público na efetivação dos direitos fundamentais sociais através dos termos de ajustamento de conduta e das ações civis públicas

Os termos de ajustamento de conduta são instrumentos importantes utilizados pelo Ministério Público, na defesa dos interesses coletivos, difusos ou individuais homogêneos, que confere, muitas vezes, maior agilidade para a proteção desses direitos ou para a implementação das políticas públicas.

O ajustamento de conduta vem sendo eficaz na implementação de políticas públicas relativas aos direitos fundamentais sociais no Brasil, evitando-se diretamente a via judicial, muitas vezes lenta e incerta.

O descumprimento do termo de ajustamento de conduta pode levar a execução da multa em Juízo, para a devida reparação do dano, a continuidade das investigações ou a propositura de ação civil pública.

No curso de ações civis públicas, movidas por associações civis ou quaisquer outros legitimados, nada impede que haja soluções consensuais, exceto em matéria da Lei de Improbidade Administrativa, em face do que dispõe o art. 17, § 1.º da Lei n. 8.429/92.

O Ministério Público brasileiro assume, assim, uma atividade de contribuição para a modificação da estrutura social, em defesa da melhoria das condições de vida da população mais desvalida e discriminada, fazendo com que a Constituição seja efetivamente respeitada e tenha eficácia, mormente quanto aos direitos fundamentais sociais, em defesa imediata da dignidade humana.

2.8. O controle da administração pública via ação civil pública como fundamento de implementação de política específica

A ação civil pública é instrumento processual adequado ao controle dos atos administrativos como meio que tutela os direitos fundamentais e pugna pela efetivação das políticas públicas.

A ação civil pública visa a responsabilizar os causadores de danos morais e patrimoniais ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a qualquer interesse difuso e coletivo, como os relacionados aos deficientes físicos, crianças e adolescentes, idosos e outros e, ainda, por infração da ordem econômica e da economia popular (art. 1.º da Lei n.º 7.347/85).

O Poder Judiciário, considerando procedente a ação civil pública, determinará a condenação do réu, a fazer ou a prestar a obrigação devida, abster-se ou não de realizar o comportamento prejudicial, ou, ainda, condenar o réu a pagar importância em dinheiro a título de indenização.

Não faz parte desse controle a proteção apenas de direitos coletivos, mas do próprio ordenamento jurídico e dos princípios. A evolução dessa espécie de controle direciona-se no sentido de buscar os fundamentos dos atos administrativos e a proteção dos direitos públicos

dos administrados.

De fato, a deficiência dos serviços públicos e a não implantação das políticas públicas conduzem ao controle pelo Ministério Público, mediante ação civil pública, defendendo os interesses da sociedade e garantindo, sobretudo, a participação popular no processo democrático.

A ação civil pública serve, assim, como instrumento para a implementação das políticas públicas.

É certo que a ação civil pública é instrumento adequado para sanear a não-previsão orçamentária das verbas para atendimento dos direitos fundamentais. A destinação, a liberação ou a má aplicação das verbas em políticas públicas relativas a direitos fundamentais sociais podem ser amplamente questionadas pelo Ministério Público, devendo o Poder Judiciário condenar o Poder Executivo ao cumprimento de obrigação de fazer e priorizar o julgamento antecipado da lide, tendo em vista o curto espaço de tempo do exercício financeiro e a fundamentalidade desses direitos.

Para a eficácia da Constituição, impõe-se uma nova postura dos operadores jurídicos. Não sem razão, assevera Lenio Streck que a eficácia das normas constitucionais reclama um redimensionamento do papel do jurista e do Poder Judiciário (em especial, da Justiça Constitucional) nesse complexo jogo de forças, na medida em que se coloca o paradoxo: uma Constituição rica em direitos (individuais, coletivos e sociais) e uma prática jurídico-judiciária que, reiteradamente, nega a aplicação de tais direitos. Sendo a Constituição Brasileira uma Constituição social, dirigente, compromissária e democrática, tende a uma necessária luta para implantação das promessas modernas (igualdade, justiça social, respeito aos direitos fundamentais, entre outras)⁶.

No atual estágio da vigência da Constituição Federal e com a dinâmica dos fatos sociais e econômicos, impõe-se uma nova interpretação aos institutos estudados, como promessa de cumprimento do programa constitucional quanto aos direitos fundamentais sociais no desenvolvimento do Estado.

3. CONCLUSÃO OBJETIVA: a vida em perspectiva do controle do Ministério Público na efetivação dos direitos fundamentais sociais no Brasil

A sociedade brasileira não quer somente a implementação dos direitos fundamentais sociais, vistas sob a ótica principal do controle do Ministério Público. Quer mais que isso. Quer a satisfação progressiva desses direitos. O desenvolvimento é não só ideal democrático, mas firmeza de propósitos. E a melhoria das condições de vida passa pela evolução do País em busca de sua identidade, dos seus valores mais nobres.

As modalidades de controle jurisdicional da Administração Pública e da participação do Ministério Público vêm desenvolvendo-se, como demonstrado, no sentido de reduzir o âmbito de discricionariedade e quanto à mitigação do princípio da Separação dos Poderes.

O controle de constitucionalidade e as ações civis públicas propostas pelo Ministério Público para defesa dos direitos coletivos e difusos vêm transformando o Estado no que se refere à defesa dos direitos fundamentais sociais e à própria democracia.

A proteção aos direitos fundamentais sociais passa pela implantação de garantias jurídicas

e institucionais, meios pelos quais a maioria da sociedade possa tomar decisões necessárias para combater a inércia governamental em questões sociais, como educação ou saúde.

Os instrumentos garantidores podem ponderar interesses, limitar a ação estatal e acomodar os segmentos da sociedade em um novo aprendizado da convivência saudável entre os poderes, necessário à mutação político-social.

É de se considerar a adequada redefinição da atuação do Poder Judiciário e do Ministério Público nesse sentido, por meio de julgamentos e ações, respectivamente, e utilizando-se dos princípios constitucionais-administrativos.

Com a Constituição Federal de 1988, a estruturação do Ministério Público e a ampliação do controle da Administração Pública corresponderam a instrumentos de verdadeira efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Essa estrutura garante o acesso à justiça dos desvalidos e tenta eliminar o lapso da miséria e da discriminação processual, outrora fomentado pelo excesso de formalismo, pela falta de celeridade e pelo abandono.

Para o enfrentamento do grave problema do acesso à Justiça quanto à implementação dos direitos sociais, há que se pensar numa reordenação da estrutura de atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário na busca da efetivação desses direitos urgentes ao cidadão e de um novo estágio para a nossa sociedade, mais humano, mais digno e livre de vícios do passado.

4. Referências Bibliográficas

COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. Revista dos Tribunais. RT. V. 737. São Paulo, 1997

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

MORAES, Germana. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 1999.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 131-133.

² HÄBERLE. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997, p. 13-18.

³ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 185.

⁴ COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. Revista dos Tribunais. RT. V. 737. São Paulo, 1997, p. 20.

⁵ COMPARATO, Op. cit, p. 21.

⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 15.

* Promotor de Justiça do Estado do Amazonas

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco

Membro da Academia Amazonense de Letras e da Academia de Letras, Ciências e Artes do Amazonas

O Microssistema de Proteção da Probidade Administrativa e a Construção da Cidadania

Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini¹

Introdução

A probidade administrativa é um dos mais desafiadores temas do Direito Administrativo na atualidade. Paulatinamente, vem se mostrando muito importante para a construção de um verdadeiro Estado Democrático e Social de Direito, destinado à proteção de uma sociedade historicamente atingida por desmandos na esfera pública e por atos de corrupção administrativa, cujo ingente enfrentamento se faz necessário, consoante, aliás, o clamor das ruas no memorável mês de junho de 2013.

Atos ilícitos dessa ordem, para além da violação da lei, atentam contra a qualidade e a eficiência da gestão pública, ocasionando elevados custos financeiros ao cidadão, às empresas privadas e à sociedade. Produz, igualmente, graves custos sociais, consumindo parcela significativa dos recursos públicos que seriam destinados à execução de políticas públicas implementadoras de direitos fundamentais, contribuindo para a manutenção do atraso e do subdesenvolvimento do país, atentando contra a cidadania.

Não trataremos, neste estudo, exatamente da improbidade administrativa, mas, da antítese dela, a probidade administrativa. Cuidaremos do microssistema normativo destinado a enfrentar os atos de corrupção, criando as condições necessárias à boa gestão pública e à efetivação do projeto constitucional de probidade na Administração Pública.

Conhecer o conjunto de normas que formam o microssistema de defesa da probidade administrativa significa, em última análise, apropriar-se de uma parcela dos mecanismos para uma boa gestão pública, fechando as comportas dos desvios de recursos públicos consumidos pela corrupção. Importa, igualmente, em estabelecer a ambiência necessária à efetivação da Constituição de 1988, em especial da parte atinente aos direitos de cidadania, cuja implementação demanda a ação positiva do Estado.

Esse microssistema pode ser deduzido de um complexo conjunto normativo como veremos a seguir, respeitados os limites de espaço de que dispomos, segundo as regras do XX Congresso Nacional do Ministério Público.

1. Convenções contra a corrupção

A corrupção não é um problema nacional, mas um problema da humanidade, ligado diretamente às deficiências morais do ser humano e que sempre esteve presente na história. Trata-se, em pleno século XXI, de um problema global reconhecido pela Organização das Nações Unidas, por intermédio da *Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção*, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003, Convenção essa que após aprovada pelo Congresso Nacional e promulgada pelo Presidente da República pelo Decreto 5.687, de 31 de janeiro de

2006, foi internalizada pelo direito brasileiro, passando a vigorar em 1º de fevereiro de 2006, data da publicação do mencionado Decreto.

A corrupção administrativa, a improbidade administrativa não mais é tema exclusivo do direito interno, cuidando-se atualmente de temário de Direito Internacional Público.

A Convenção da ONU contra a Corrupção não é a única e nem foi a primeira a tratar desse assunto. O primeiro documento internacional foi a *Convenção Interamericana contra a Corrupção*, adotada em Caracas, em 29 de março de 1996, pelos Estados Membros da Organização dos Estados Americanos, aprovada pelo Congresso Nacional em 25 de junho de 2002 e promulgada pelo Decreto 4.410, de 7 de outubro de 2002, passando a vigorar como direito interno na data de sua publicação oficial, o dia 08 de outubro de 2002.

Outro importante documento internacional destinado a enfrentar a corrupção é a *Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais*, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997, junto à Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, aprovada pelo Congresso Nacional em 14 de junho de 2000 e promulgada pelo Presidente da República por intermédio do Decreto 3.678, de 30 de novembro de 2000, passando a vigorar como direito interno em 1º de dezembro de 2000.

Sendo a expressão improbidade administrativa o designativo técnico da corrupção administrativa, é possível afirmar, a partir da leitura dessas Convenções, que o combate à corrupção atualmente no Brasil, para além de um compromisso constitucional e legal do Estado brasileiro, é um compromisso internacional assumido perante a Organização das Nações Unidas (ONU), a Organização dos Estados Americanos (OEA) e a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

O que esses documentos internacionais reconhecem, em última análise, é que a corrupção é um grave problema, que ameaça a estabilidade e a segurança das sociedades, enfraquece as instituições e os valores da democracia, da ética e da justiça, comprometendo o desenvolvimento sustentável e o Estado de Direito.

A corrupção, segundo essas Convenções, mantém vínculos com o crime organizado e a corrupção econômica, penetrando nos mais diversos setores da sociedade, comprometendo os recursos do Estado e ameaçando a estabilidade política e o desenvolvimento sustentável. Deixando de ser um problema local, segundo reconhecem esses organismos (ONU, OEA e OCDE), para converter-se em um fenômeno transnacional que afeta todas as sociedades e a economia, faz-se necessária a cooperação internacional para preveni-la e combatê-la.

Não há dúvida que esses documentos aprovados e promulgados pelo Brasil integram o microsistema de proteção da probidade administrativa.

2. Direito interno e as modalidades de responsabilidade

No plano interno, vê-se que o combate à improbidade administrativa foi eleito como prioritário pela Constituição de 1988. Nenhuma outra Constituição brasileira dedicou tantos dispositivos para tratar do assunto: o art. 14, § 9º, visando a proteger a “probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato”, considera sua violação causa de inelegibilidade; o art. 15, V, prevê a perda ou suspensão dos direitos políticos em razão do cometimento de improbidade administrativa; o art. 37, § 4º, prescreve 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. O art. 85, V, prevê o atentado contra a probidade administrativa como crime de responsabilidade, julgado pela via do *impeachment*. Trata-se a defesa da probidade administrativa de uma opção ideológica da Constituição Cidadã, de um valor superior por ela definido.²

Nessa matéria, a grande contribuição da Constituição de 1988 foi o seu art. 37, § 4º, que instituiu uma nova modalidade de responsabilidade dos agentes públicos – a responsabilidade por ato de improbidade administrativa, ao lado das já conhecidas responsabilidade civil, de natureza meramente ressarcitória (art. 37, § 6º, parte final); penal, fundada no art. 5º, XXXIV, XL e XLVI, dentre outros dispositivos; administrativo-disciplinar, fincada no art. 41, § 1º, inc. II; e política, prevista no já aludido art. 85 da Carta Magna.

Para cada uma dessas modalidades de responsabilidade dos agentes públicos há um tipo próprio de medida processual. Para os atos de improbidade administrativa, a ação civil pública proposta no juízo de primeiro grau (art. 129, III, CF); no caso da responsabilidade civil, a ação civil regressiva contra o servidor que causou o dano dolosa ou culposamente (art. 37, 6º); a ação penal, na hipótese de crimes cometidos contra a Administração Pública (art. 129, I); o processo administrativo disciplinar, no caso de infração disciplinar, julgado pela própria Administração Pública (art. 41, § 1º, II); e, por fim, o processo de *impeachment*, para o julgamento do crime político, do crime de responsabilidade política cuja consequência maior é a perda do cargo, processo esse julgado, via de regra, pelo Poder Legislativo, segundo uma racionalidade baseada em critérios políticos e não exatamente jurídicos.

As normas constitucionais afetas à defesa da probidade administrativa e as regras de processo destinadas à concretização da responsabilidade por ato de improbidade administrativa certamente merecem ser consideradas como parte integrante do microsistema de proteção da probidade administrativa.

3. Lei de Improbidade Administrativa

A responsabilidade por ato de improbidade administrativa foi regulada pela Lei 8.429/1992, que previu três modalidades de atos de improbidade administrativa: os atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito, os atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário e os atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública.

A prática desses atos ilícitos tem como consequência as seguintes sanções: perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Aplicadas cumulativamente ou não, essas sanções devem incidir concretamente respeitando-se o princípio da proporcionalidade.

São atingidos por essa Lei qualquer agente público, bem como os terceiros, incluídas as pessoas jurídicas. Nesse ponto, a Lei 8.429/1992 supera um problema ainda não solucionado satisfatoriamente pelo Direito Penal: a responsabilidade da pessoa jurídica. Em outros termos, a Lei de Improbidade Administrativa (LIA) também atribui à empresa privada a responsabilidade pela preservação da probidade na Administração Pública, podendo a entidade ser alcançada pelas sanções de multa civil, de proibição de contratar com o Poder

Público e de receber benefícios fiscais ou creditícios, sem se olvidar do ressarcimento do dano, de natureza reparadora e não exatamente sancionatória.

Os tempos são outros. Se o Estado contrata a empresa para o fornecimento de bens e serviços e não a pessoa física, é conatural que ela – pessoa jurídica – seja responsabilizada e apenada quando empregada para o cometimento de atos de corrupção.³

Volta-se a Lei 8.429/1992 contra os atos de corrupção geradores do enriquecimento ilícito e do prejuízo ao erário. Além disso, por intermédio de seu art. 11, pune aqueles que violam os princípios do Direito Administrativo, em especial os princípios da finalidade, da publicidade, do concurso público, da prestação de contas e da licitação, princípios constitucionais extremamente caros para o Direito Administrativo e para toda a sociedade. Aliás, é a primeira vez que uma lei em nosso Direito sanciona a violação imediata de princípio normativo.

As mencionadas Convenções da ONU, da OEA e da OCDE mudaram o perfil dos diversos Direitos Administrativos dos Estados que as adotaram, o mesmo ocorrendo com os respectivos Direitos Penais. No Brasil, no entanto, pode-se afirmar que essa mudança foi ampliada, porque a Constituição de 1988 não apenas permitiu a absorção das aludidas Convenções contra a Corrupção, como abriu uma nova frente para combatê-la, criando uma modalidade ainda não conhecida de responsabilidade dos agentes públicos – a responsabilidade por ato de improbidade administrativa.

A Lei 8.429/1992 complementou a Constituição, regulamentando a norma de eficácia limitada prevista no § 4º do seu art. 37, instituindo normas de direito material e de direito processual capazes de dar efetividade ao aludido preceito constitucional. Não há dúvida de que essa disposição constitucional é a norma matriz do microsistema em estudo, enquanto a Lei de Improbidade Administrativa é a sua lei geral.

4. Microsistema de proteção da probidade administrativa e Direito Administrativo Sancionador

Mais do que simples regulamentação da norma constitucional, a Lei criou um complexo modelo de proteção da probidade administrativa, alterando significativamente o Direito Administrativo brasileiro, de modo a ampliar o seu caráter sancionador.

Anteriormente, esse ramo do Direito se restringia à punição disciplinar, pela via do processo administrativo, movido contra os seus servidores autores de infrações disciplinares, terceiros que firmassem e descumprissem relações contratuais com a Administração Pública e demais administrados sujeitos ao poder de polícia do Estado, processo esse de alcance restrito em nosso sistema jurídico e sujeito à revisão judicial.

Com a nova categoria do ato de improbidade administrativa, o Direito Administrativo assumiu materialmente a responsabilidade pela punição dos autores de ilícitos graves contra instituições do Direito Administrativo, como é o caso da violação da licitação, do concurso público, do contrato administrativo, dos bens públicos, da moralidade administrativa, dos princípios da Administração Pública *etc.*, antes parcialmente protegidas pelo Direito Penal, cuja realidade, marcada pela efusão de escândalos de corrupção, revela não ter sido capaz de reprimir e de prevenir os ataques a esses bens jurídicos, tão caros para a sociedade brasileira.

Essa baixa efetividade do Direito Penal para o combate da corrupção na esfera pública, não se deve a uma eventual deficiência congênita dessa modalidade de responsabilidade dos

agentes públicos, mas, sim, à criação de mecanismos legais e constitucionais destinados a enfraquecer e a tornar ineficaz a responsabilidade penal, na prática, imunizando os agentes públicos que integram os altos escalões do Estado brasileiro, cujos escândalos políticos e administrativos se repetem copiosamente em terras brasileiras. São exemplos dessa imunização o foro privilegiado, a prescrição retroativa e a baixa carga de sanção penal para esses delitos, numa clara, deplorável e tradicional opção política em favor da impunidade, denunciada pelo clamor popular no histórico mês de junho de 2013.

Não é demais lembrar que, lamentavelmente, o microssistema de que estamos cuidando também pode ser alvo desse tipo de desmonte, como, aliás, já vem ocorrendo, inclusive no âmbito da interpretação judicial da Lei de Improbidade Administrativa (decisões tentando afastar a aplicação da LIA aos agentes políticos, extensão do foro privilegiado para as ações de improbidade etc.), o que deve ser denunciado e impedido pela sociedade e pelos operadores do direito comprometidos com a ideologia constitucional de probidade administrativa.

Feita a breve crítica, é possível se afirmar que a solução encontrada pelo Direito Administrativo brasileiro para combater a improbidade administrativa alterou-o significativamente, emprestando-lhe importante função social, antes entregue com precedência ao Direito Penal: a proteção e a prevenção da probidade administrativa contra a corrupção.

Além disso, a categoria dos atos de improbidade administrativa passou a servir às esferas de responsabilidade administrativo-disciplinar e política, pois a improbidade administrativa foi eleita dentro do sistema como infração geradora da demissão do servidor público no processo disciplinar, segundo os Estatutos dos Servidores Públicos – é o caso da Lei 8.112/1990 –, bem assim como ilícito eleitoral causador de inelegibilidade, na esfera do Direito Eleitoral, segundo a Lei das Inelegibilidades.

A propósito, a “Lei do Ficha Limpa”, como é chamada a Lei Complementar 135/2010, que alterou a Lei Eleitoral das Inelegibilidades (Lei Complementar 64/1990), estipulou como causa de inelegibilidade do cidadão, não apenas as condenações judiciais por improbidade administrativa proferidas por órgão colegiado, como também as condenações ditadas pelo Tribunal de Contas, na rejeição das contas dos administradores públicos, quando os seus comportamentos se caracterizarem como atos de improbidade administrativa dolosos, previstos na Lei 8.429/1992. Ou seja, a LIA passou a servir como parâmetro de julgamento nas tomadas de contas pelos Tribunais de Contas.

Além do Poder Judiciário aplicar a Lei 8.429/1992 nas ações civis públicas por ato de improbidade administrativa, a Administração Pública também passou a fazê-lo nos processos disciplinares, bem como os Tribunais de Contas nos julgamentos das contas dos administradores públicos, sem se olvidar dos reflexos produzidos no Direito Eleitoral.

Tamanho é a importância da probidade administrativa – direito público subjetivo de caráter difuso pertencente à sociedade brasileira, que esse direito, a nosso ver, possui a natureza de um direito fundamental,⁴ sendo o centro, o âmago do microssistema jurídico em estudo, cuja extensão vem se alargando.

5. Ampliação legislativa da proteção da probidade administrativa e a construção da cidadania

O microsistema de proteção da probidade administrativa foi ampliado por outras leis.

A Lei 9.504/1997, em seu art. 73, § 7º, instituiu os atos de improbidade administrativa eleitoral, para proteger a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais, ilícitos esses praticados por administradores públicos em benefício de candidatos a cargos políticos, em detrimento de partidos políticos, dos candidatos preteridos, da Administração Pública, do processo eleitoral, enfim, do próprio regime democrático.

Outra lei ampliadora do microsistema é o Estatuto da Cidade – a Lei 10.257/2001 – que estabelece diretrizes gerais da política urbana – instituindo em seu art. 52 novos comportamentos ímprobos, em razão do descumprimento, pelo prefeito, das diretrizes da política urbana, ou seja, atos de improbidade administrativa que atentam contra a política urbana, determinada pela Constituição de 1988.

As infrações dos dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar 101/2000 – receberam a proteção da Lei 8.429/1992 por vontade expressa do Legislador, consoante o art. 73 do mencionado corpo de normas, que, no entanto, não definiu novas condutas, pois já previstas na LIA.

Além dos atos de improbidade administrativa constantes da Lei de Improbidade Administrativa, há, ainda, os atos de improbidade administrativa eleitoral (Lei 9.504/1997) e os atos de improbidade administrativa que violam as diretrizes da política urbana (Lei 10.257/2001).

Por fim, é possível se afirmar que a novel Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013, que passará a vigorar 180 dias (cento e oitenta dias) após a sua publicação, ocorrida no dia 02 de agosto de 2013, também se insere no contexto do Direito Administrativo Sancionador e do microsistema de que se está tratando, posto que o referido diploma, ainda em fase de *vacatio legis*, destina-se à responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Em outras palavras, a corrupção ativa, o tráfico de influência e as fraudes nas licitações e nos contratos administrativos, ilícitos que, como cediço, também constituem atos de improbidade administrativa.⁵

Esse microsistema legal, que tem como base a Lei 8.429/1992, visa a combater a improbidade administrativa, que merece ser compreendida não mais como corrupção, peita, suborno, consoante o senso comum. A improbidade administrativa, categoria do Direito Administrativo Sancionador brasileiro sem precedentes, é mais do que isso, haja vista as aludidas mutações sofridas durante o tempo.

A improbidade administrativa é o gênero dos atos ilícitos sujeitos a um regime jurídico especial de natureza sancionatória, atos esses consistentes no enriquecimento ilícito, no prejuízo ao erário, na violação de princípios da Administração Pública, na afetação da igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais, no desatendimento das diretrizes da política urbana e no descumprimento das normas de responsabilidade fiscal. Isso, certamente, é mais do que ordinariamente se concebe como corrupção administrativa, peita ou suborno.

A improbidade administrativa é uma categoria especial do Direito Administrativo brasileiro, desconhecida de outros países. Objetiva combater a corrupção administrativa, contra aqueles que se enriquecem ilicitamente, que malbaratam ou dilapidam o patrimônio público; tem como fim preservar o regime jurídico administrativo, em especial quando protege os princípios constitucionais da finalidade, da publicidade, do concurso público, da prestação de contas e da

responsabilidade fiscal, bem como nos casos em que as diretrizes da política urbana não são cumpridas; também tem por finalidade proteger a igualdade e a legitimidade nas eleições, em última *ratio*, velando pelo direito fundamental à Democracia.

Por conseguinte, o microsistema de proteção da probidade administrativa deve impedir ou reprimir o cometimento dos atos ilícitos dessa natureza, protegendo todos esses valiosos bens pertencentes à sociedade e ligadas diretamente ao exercício da cidadania.

Com efeito, o Direito Administrativo do século XXI não é mais o mesmo, deixando de ser exclusivamente um Direito do Estado-Administração em face dos administrados, de natureza impositiva, para transformar-se também em um Direito da Cidadania, mediante a ampliação de seu caráter sancionador contra a improbidade administrativa, tendo em conta a proteção da sociedade e de seu catálogo de direitos fundamentais, cuja concretização por todos apresenta-se como um verdadeiro desafio em vista da endêmica e histórica corrupção do Estado no Brasil.

5. Conclusões

1. Categoria do Direito Administrativo, a probidade administrativa forma um microsistema normativo, a partir das seguintes fontes:

1.1 - no âmbito do Direito Internacional Público, por intermédio das Convenções contra a Corrupção da ONU, OEA e OCDE, adotadas pelo Brasil;

1.2 - na perspectiva da Constituição de 1988, em vista do disposto nos seus artigos 14, § 9º, 15, inc. V, 37, § 4º, 85, inc. V, 129, inc. III, dentre outros; e

1.3 - no plano infraconstitucional, a Lei 8.429/1992, e dispositivos específicos da Lei 9.504/1997, da Lei 10.257/2001, da Lei Complementar 101/2000, da Lei 8.112/1990, da Lei Complementar 135/2010 e da Lei 12.846/2013 (nesse caso, na íntegra) *etc.*

2. A improbidade administrativa é o gênero dos atos ilícitos sujeitos a um regime jurídico especial de natureza sancionatória, atos esses consistentes genericamente no enriquecimento ilícito, no prejuízo ao erário, na violação de princípios da Administração Pública, na afetação da igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais, no desatendimento das diretrizes da política urbana e no descumprimento das normas de responsabilidade fiscal. Isso, certamente, é mais do que ordinariamente se concebe como corrupção administrativa, peita ou suborno.

3. O microsistema de proteção da probidade administrativa é uma realidade em nosso sistema jurídico. Da sua efetivação depende parcialmente a superação do nosso atraso e subdesenvolvimento, e a construção da plena cidadania.

6. Bibliografia

BERTONCINI, Mateus. Ato de Improbidade Administrativa: 15 anos da Lei 8.429/1992. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Direito fundamental à probidade administrativa, p. 33-47. In: Estudos sobre improbidade administrativa, em homenagem ao Professor J.J. Calmon de Passos, 2ª edição revista, ampliada e atualizada. Organizadores: Cristiano Chaves de Farias, Alexandre Albagli Oliveira e Luciano Taques Ghignone. Salvador: Editora JusPODIVM, 2012.

¹ Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Professor

do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Professor de Direito Administrativo e de Processo Administrativo da Faculdade de Direito do UNICURITIBA e da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná – FEMPAR.

- [2](#) BERTONCINI, Mateus. Ato de Improbidade Administrativa: 15 anos da Lei 8.429/1992. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 139.
- [3](#) Essa, aliás, foi a lógica inspiradora da Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013.
- [4](#) BERTONCINI, Mateus. Direito fundamental à probidade administrativa, p. 33-47. In: Estudos sobre improbidade administrativa, em homenagem ao Professor J.J. Calmon de Passos, 2ª edição revista, ampliada e atualizada. Organizadores: Cristiano Chaves de Farias, Alexandre Albagli Oliveira e Luciano Taques Ghignone. Salvador: Editora JusPODIVM, 2012.
- [5](#) A propósito, a Lei 12.846/2013 é fruto do cumprimento pelo Brasil de compromisso assumido na já aludida Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais, adotada pelo Conselho da Organização para a Cooperação Econômica e o Desenvolvimento (OCDE), da qual também resultou a Lei 10.467, de 11 de junho de 2002, que alterou o Código Penal brasileiro.

Os princípios da proporcionalidade e razoabilidade na aplicação da Lei 8.429/1992: a insignificância no domínio da improbidade administrativa e o respeito à cidadania

Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini¹

Sumário

Introdução. 1. A importância do combate à corrupção. 2. Princípio da probidade na Constituição de 1988. 3. Direito fundamental à probidade na administração pública. 4. A Lei de Improbidade Administrativa. 5. Proporcionalidade e razoabilidade na aplicação da Lei 8.429/1992. 6. Insignificância no domínio da improbidade administrativa, sua natureza jurídica e o respeito à cidadania. Conclusões.

Introdução

A importância de se discutir o combate à corrupção, tecnicamente denominada de improbidade administrativa, no XX Congresso Nacional do Ministério Público, e que tem como tema os “25 anos do novo Ministério Público: a construção de uma identidade”, é algo indiscutível.

Sendo a corrupção na esfera pública um problema que afeta toda a sociedade brasileira desde os seus primórdios, a ponto de desenvolver entre nós o que se pode chamar de cultura da corrupção, apresenta-se mais do que conveniente tratar-se desse assunto no âmbito do Ministério Público, instituição que, desde a sua transformação em outubro de 1988, e especialmente depois do advento da Lei de Improbidade Administrativa – Lei 8.429/1992 (LIA), assumiu de forma tímida essa árdua atribuição, desempenhando-a especialmente pela via do inquérito civil e da ação civil pública (art. 129, inc. III, CF), sem olvidar da ação penal, a relevante tarefa de combater a corrupção, buscando a responsabilização dos autores dos denominados atos de improbidade administrativa.

Apesar das dificuldades na atuação, o Ministério Público brasileiro pode afirmar perante o povo brasileiro que vem desempenhando o seu mister nessa seara, obtendo resultados positivos com esse trabalho. Segundo relatório atualizado do Conselho Nacional de Justiça relativamente à Meta 18,² os tribunais brasileiros nos anos de 2012 e 2013 julgaram 21367 ações de improbidade administrativa, cujo autor por excelência é o Ministério Público, por meio das Promotorias de Justiça espalhadas capilarmente pelo território nacional, impondo-se aos réus nessas demandas as sanções da Lei de Improbidade, causando um verdadeiro impacto nas antigas e tradicionais práticas corruptas de parcela dos políticos e de administradores públicos nacionais, fazendo com que esses agentes públicos se revejam – jamais se pode generalizar, achando que todos os políticos e a política são ruins – ou então se vejam alcançados pela LIA e por outros mecanismos de controle.

Aliás, as manifestações populares que se sucederam pelo Brasil no mês de junho de 2013,

numa legítima manifestação do poder popular, estampou em suas faixas de forma unânime um não à corrupção, afirmando democrática e enfaticamente o inconformismo nacional, apontando o povo brasileiro em seus protestos o que deseja dos políticos, administradores públicos, agentes públicos em geral e das instituições: a defesa intransigente da probidade na política e na administração pública.

Esse histórico movimento popular inclusive, inclusive, foi o responsável pela rejeição da PEC 37, destinada a retirar do Ministério Público o poder de investigação criminal, atribuição essa que vem sendo em boa parte exercitada exatamente no combate à corrupção na esfera pública, paralelamente ao inquérito civil, largamente empregado para a investigação dos atos de improbidade administrativa.

O problema que se coloca, entretanto, não está relacionado à necessidade da ação do Ministério Público nessa área – a instituição e seus membros estão cientes da relevância e da necessidade do desempenho dessa atribuição transformadora da realidade social, consistente no combate à improbidade administrativa – mas, diversamente disso, aos limites da atuação nessa área, ou seja, nas situações em que o Ministério Público não deve atuar, diante da insignificância do caso. Trata-se, certamente, de um problema enfrentado rotineiramente pelos Promotores de Justiça, Procuradores de Justiça e Procuradores da República, para o qual a Lei 8.429/1992, diante de sua natural generalidade, não apresenta solução.

Ou seja, o desvio de milhões de reais dos cofres públicos por agentes ímprobos, caracterizador de ato de improbidade administrativa causador de prejuízo ao erário ou de enriquecimento ilícito, recebe o mesmo tratamento legal aplicável à subtração por um servidor público de um grampeador usado pertencente à administração pública. Para ambos os casos, as sanções do art. 12 da LIA são as mesmas.

Isso é correto? Isso respeita a cidadania? Casos sem envergadura exigem do Ministério Público a sua pronta atuação, ou é necessária uma reflexão da instituição e de seus membros no sentido de se aplicar no âmbito da improbidade administrativa o princípio da insignificância?

Tais questionamentos para os quais se pretende apresentar resposta, serão enfrentados obedecendo as limitações de espaço, segundo as regras do XX Congresso Nacional do Ministério Público.

1. A importância do combate à corrupção

O problema da corrupção não é apenas um problema interno brasileiro. É um problema que aflige todas as nações de um modo geral,³ fato esse reconhecido no final da década de 90 do século passado e na primeira década desse século como um problema internacional.

A Convenção Interamericana Contra a Corrupção (CICC),⁴ firmada e internalizada pelo Brasil, reconheceu em seu preâmbulo a gravidade representada pela corrupção na vida das sociedades. Além de justificar a existência desse importante documento internacional internalizado pelo Brasil, esse intróito revela claramente os males produzidos pela corrupção na esfera pública, comprometedores da própria existência do Estado Democrático e Social de Direito. Com efeito, a corrupção solapa a legitimidade das instituições públicas, atenta contra a sociedade, a ordem moral, a justiça e o desenvolvimento integral dos povos; atinge a democracia representativa e as instituições democráticas, distorcendo a economia, viciando a gestão pública e deteriorando a moral social; é instrumento de que se serve o crime organizado e o tráfico ilícito de entorpecentes, merecendo em razão desses malefícios que

produz, uma ação coordenada para combatê-la.

Igualmente reconhecendo a gravidade do problema, foi aprovada no âmbito da Organização das Nações Unidas a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção,⁵ documento internacional que a par de frisar os malefícios, definiu uma série de providências preventivas e repressivas a serem adotadas pelos países subscritores, bem assim o regime de colaboração que deve ser promovido entre eles, para o enfrentamento de um problema que não é apenas local, mas que se transformou em um fenômeno transnacional em muitos casos, o que exige a atuação orquestrada dos países no seu enfrentamento.

Enquanto a Convenção Interamericana atribui ao Estado a responsabilidade em combater a corrupção, colocando a sociedade civil e as organizações não-governamentais em segundo plano, a Convenção da ONU vai além, contando para esse combate com a colaboração não apenas do Setor Público, mas também do Setor Privado e da Sociedade Civil.

Em artigo intitulado “A pandemia da corrupção”, Christian Caryl, com base na obra de Laurence Cockcroft, denominada “Global Corruption”, assevera que a “fraude e a apropriação de fundos públicos tornaram-se um mal sistêmico e isso afeta negativamente a governança pelo mundo afora e prejudica o funcionamento dos Estados de maneira drástica”.⁶

Portanto, a corrupção merece ser combatida em todas as suas formas, por todos (Estado, organismos internacionais, sociedade civil e setor privado) e tendo em conta o uso de todo o arsenal disponível para tanto, inclusive e especialmente os de natureza jurídica. É nessa perspectiva, aliás, que devemos compreender a Lei de Improbidade Administrativa.

2. Princípio da probidade na Constituição de 1988

A Constituição de 1988 contém implicitamente o princípio da probidade administrativa.⁷ Essa norma está contida nos diversos dispositivos presentes na Constituição tratando desse tema.

A atual Lei Maior tratou em diversas de suas disposições da probidade administrativa. No capítulo atinente aos direitos políticos, em seu art. 14, § 9º, previu que “*lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e a legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso no exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.*” O art. 15, inc. V, estabeleceu a perda ou suspensão dos direitos políticos em razão do cometimento de improbidade administrativa.

No capítulo da Administração Pública, a Constituição, no art. 37, § 4º, prescreveu 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.*”

Na seção que trata da responsabilidade do Presidente da República – art. 85, inc. V, previu como crime de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a “*probidade na administração*”, no que seguiu a tradição das Constituições Republicanas brasileiras.

Esse princípio da probidade na Administração Pública não é subprincípio da moralidade administrativa. O princípio da probidade tem na moralidade um de seus elementos, sendo

composto por outros valores constitucionais como a igualdade, a impessoalidade, a legalidade etc.

O princípio da probidade revela a ideologia da Constituição de 1988, no seu propósito de combater a corrupção administrativa. Nessa perspectiva, novamente, e fazendo coro com as já aludidas Convenções da OEA e da ONU, a Lei de Improbidade Administrativa apresenta-se dentro do nosso sistema normativo como a lei geral destinada a fazer valer no Brasil essa recente categoria do Direito Administrativo Sancionador pátrio, inaugurada pela Constituição de 1988.

3. Direito fundamental à probidade na administração pública

A probidade administrativa, mais do que um princípio constitucional da Administração Pública brasileira, mais do que um conjunto de regras jurídicas, mais do que um direito público subjetivo de natureza coletiva, constitui um direito fundamental da sociedade, no âmbito mundial, contra a corrupção na esfera pública. O direito fundamental à probidade administrativa assim pode ser caracterizado, “haja vista o seu caráter coletivo e universal, e a sua titularidade indefinida e indeterminável”,⁸ traços marcantes desses direitos.

A violação a esse direito fundamental se dá de várias formas: por intermédio de infrações disciplinares graves, crimes contra a Administração Pública, crimes contra o Patrimônio Público, crimes de responsabilidade, atos de improbidade administrativa e ilícitos civis e administrativos definidos na novel Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013, ainda em período de *vacatio legis*, destinada à responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, diploma esse fruto do compromisso internacional assumido pelo Brasil ao ratificar e promulgar a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionário Público Estrangeiro em Transações Comerciais Internacionais.

4. A Lei de Improbidade Administrativa

Como sabido, em face do comando previsto no § 4º do art. 37, foi definido entre nós os chamados atos de improbidade administrativa, tema regulado pela Lei 8.429/1992, que em junho de 2012 completou 20 anos de vigência, revelando grande aptidão no combate à corrupção.

Os atos de improbidade administrativa podem ser assim definidos:

Em nome da preservação do interesse público e da ideologia constitucional de probidade na Administração Pública, cuja praxis importará na preservação da força normativa da Constituição e na fundamental contraposição e quebra do ciclo vicioso da contracultura da corrupção, considera-se ato de improbidade administrativa para os fins do art. 37, § 4º, da Constituição da República Federativa do Brasil, e de sua Lei de regência (n.º 8.429/1992), a conduta de qualquer agente público contrária diretamente aos princípios da finalidade, publicidade, do concurso público, da prestação de contas e da licitação, bem como a violação de segredo e a prevaricação, independentemente de qualquer resultado material, e as condutas prescritas na Lei (regras), que produzam os resultados “prejuízo ao erário” e “enriquecimento injustificado ou sem justa causa”

*do agente e ou do terceiro, inclusive de pessoa jurídica privada, ensejando tais comportamentos, normalmente dolosos e excepcionalmente culposos, marcados pela violação do princípio da moralidade, responsabilização sujeita a um regime jurídico próprio, autorizador da aplicação proporcional das sanções pertinentes e compatíveis de perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios fiscais ou creditícios, independentemente das instâncias administrativa, criminal, civil e política, após o devido processo legal e a ampla defesa.*⁹

O conceito de ato de improbidade administrativa expressa, por si só, a gravidade desse comportamento ilícito, gravidade essa reforçada pelos seus deletérios efeitos conforme o referido preâmbulo da Convenção Interamericana contra a Corrupção, praticada de múltiplas formas definidas na Lei de Improbidade Administrativa.

No plano do direito positivo, portanto, não há dúvida do reconhecimento da gravidade do problema representado pela corrupção.

As convenções, a Constituição e a Lei 8.429/1992, dentre outras disposições legais, formam um microssistema normativo que, no entanto, precisa ser aplicado na prática com muita ponderação, para que se puna eficazmente a corrupção e não qualquer ilícito administrativo de menor monta, sob pena de desprestígio do próprio sistema e de investimento desnecessário de energia e trabalho dos órgãos de controle para punir a bagatela, deixando de se concentrar nos casos realmente relevantes para a sociedade.

5. Proporcionalidade e razoabilidade na aplicação da Lei 8.429/1992

Nem todo ato de improbidade administrativa contém em si a mesma gravidade. Apesar da subtração de um grampeador por um servidor configurar lesão ao erário, não se tem dúvida de que o Prefeito que cobra milhões de reais a título de propina para permitir a contratação de uma determinada empreiteira sem licitação e com superfaturamento, pratica comportamento de maior lesividade em vista do anterior, embora em ambos os casos tenha-se violada formalmente a probidade na Administração Pública.

Nesses casos, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade estão aptos a resolver o problema, mediante ajustes na aplicação da Lei 8.429/1992, algo aceito no âmbito jurisprudencial.

A gravidade do fato, aliás, foi o critério adotado pelo legislador com a Lei 12.120/2009, que reformou a redação da cabeça do art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa.¹⁰

Seguindo por essa trilha, o Superior Tribunal de Justiça definiu que

“A implementação judicial da Lei de Improbidade Administrativa segue uma espécie de silogismo – concretizado em dois momentos, distintos e consecutivos, da sentença ou acórdão – que deságua no dispositivo final de condenação: o **juízo de improbidade da conduta** (= premissa maior) e o **juízo de dosimetria da sanção** (= premissa menor)”.

Se o juiz, mesmo que implicitamente, declara ímproba a conduta do agente, não lhe é facultado – sob o influxo do princípio da insignificância – evitar o juízo de dosimetria da sanção, se para tanto o que pretende é, por inteiro (e não apenas dosar) as sanções

legalmente previstas”.¹¹

Por conseguinte, diante do reconhecimento do juízo de improbidade da conduta, a consequência natural e obrigatória é o juízo de dosimetria da sanção.

A possibilidade de aplicação isolada ou cumulativa das punições do art. 12 também decorre do princípio da individualização da pena,¹² que a par de sua grande relevância na órbita penal, constituindo-se em direito fundamental do réu – inciso XLVI do art. 5º da CF –, apresenta igualmente reflexos no âmbito da responsabilidade por ato de improbidade administrativa.

Em outros termos, sendo positivo o juízo de improbidade da conduta, passasse à individualização da sanção.

A questão que permanece é a seguinte: a insignificância incide em relação à Lei de Improbidade Administrativa?

6. Insignificância no domínio da improbidade administrativa, sua natureza jurídica e o respeito à cidadania

Seguindo-se a lógica da jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça, a resposta é positiva. Se se reconhece a bagatela, afastado estará o juízo de improbidade da conduta (premissa maior), e, conseqüentemente, prejudicado estará o juízo de dosimetria da sanção (premissa menor), cabendo ao Poder Judiciário nesses casos julgar improcedente a ação civil pública por ato de improbidade administrativa, em razão da ausência da prática de ato de improbidade administrativa .

Em outros termos, o princípio da insignificância aplica-se aos atos de improbidade administrativa, afastando o juízo positivo de improbidade da conduta. Se insignificante o fato material, apesar da consunção do fato a qualquer das hipóteses dos arts. 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/1992, não estará caracterizado substancialmente o ato de improbidade administrativa, não se avançando para o segundo momento, qual seja, o juízo de dosimetria da sanção. Então, a subtração do grampeador usado pelo servidor não constituirá ato de improbidade administrativa, podendo, no entanto, o agente, ser punido disciplinarmente.

A insignificância é causa excludente da tipicidade da conduta, não havendo que se falar em prática de ato de improbidade administrativa, segundo leciona José Roberto Pimenta Oliveira.¹³ A base teórica para o autor chegar a essa conclusão foi retirada do Direito Penal:

A configuração de determinada conduta funcional como ato ímprobo decorre, não apenas da *tipificação formal* (objetiva e subjetiva) dos fatos nos dispositivos sancionatórios, mas também da *tipificação material expressiva* da conduta como ofensa relevante aos bens jurídicos tutelados pelo artigo 37, § 4º. Esta dicotomia entre tipificação formal e tipificação material da conduta ilícita já encontra acolhida no direito penal, e merece ser estendida ao campo punitivo da improbidade administrativa, em vista do conteúdo sancionatório da instituição.

...

Não se trata de negar o juízo de valoração esboçado pela lei penal, mas de aquilatar o desvalor da ação e o desvalor do resultado, em cada caso concreto, para observar a relevância material da agressão perpetrada pela conduta ilícita ao bem jurídico. Logo, trata-se de incorporar ao ato interpretativo da norma penal uma indispensável

constatação de que o elemento axiológico nela exibido está presente no caso, autorizando a tipificação material de certa conduta. A irrelevância de lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico está no núcleo do designativo princípio da insignificância, causa de afastamento da tipicidade da conduta, por derivação do princípio da proporcionalidade em matéria punitiva.

De outro modo, pode-se afirmar que por ser desimportante a conduta ou o resultado, ou, então, ambos, o juízo de improbidade administrativa fica prejudicado em razão da atipicidade da conduta. Ou seja, a subtração do grampeador de alguns poucos reais, não pode ser caracterizada como ato de improbidade administrativa no plano axiológico.

O mencionado jurista faz ainda três observações a respeito da aplicação do princípio da insignificância no âmbito da improbidade administrativa:¹⁴

Em primeiro lugar, impõe deixar claro que a insignificância somente vai operar efeitos após a tipificação formal da conduta como ato de improbidade administrativa, nos tipos sancionatórios existentes. *A insignificância diz respeito à operação axiológica de tipificação material.* Considera-se não qualificada a improbidade administrativa, pelo nível irrelevante de agressão ao bem jurídico.

Isto significa que, *ausente tipicidade material, não irrompe a autorização legal para postular em juízo a aplicação das sanções, por parte dos entes legitimados e do cidadão.* Demais disso, proposta ação em caso de atipicidade material da conduta, está autorizado o Poder Judiciário a extinguir o processo por inexistência do ato de improbidade administrativa, nos termos do artigo 17, §8º da Lei 8.429/92.

Em segundo lugar, *a análise da tipificação material opera sobre elementos objetivos da conduta ilegal e imoral, não sobre elementos subjetivos da ação*, já que, no plano da legalidade material, estão em contraposição e sob análise os valores inerentes aos fatos e a axiologia inerente à tutela sancionatória no contexto.

É preciso pontuar que a pronúncia sobre a insignificância opera sobre todos os tipos sancionatórios da Lei nº 8.429/1992. Mas não o faz com a mesma desenvoltura formal. A irrelevância material ganha compostura diferenciada desde logo pelo *grau de importância do bem jurídico violado, consoante as vertentes categorias da lei.*

Emerson Garcia igualmente entende aplicável a insignificância no âmbito da responsabilidade por ato de improbidade administrativa, como consequência da aplicação do princípio da proporcionalidade. Segundo o autor, “deve se observar se é insignificante a lesão aos deveres do cargo ou à consecução dos fins visados e se a conduta apresentava compatibilidade com a realidade social do local em que foi praticada”.¹⁵

Realizado o juízo de tipificação formal, avançasse para o juízo de tipificação material, que será negativo acaso o juízo de valor sobre a conduta resulte no “desvalor da ação” e ou no “desvalor do resultado”.

Não caracterizado o ato de improbidade no plano material, a representação dirigida à autoridade deve ser rejeitada, a investigação arquivada, a petição inicial rejeitada, ou, em sendo recebida a inicial e instalada a relação jurídica processual, julgada improcedente a ação civil pública por ato de improbidade administrativa, em face da incidência do princípio da insignificância, excludente da tipicidade da conduta, ou como prefere o Superior Tribunal de Justiça, não atendida a premissa maior, posto não caracterizado o juízo de improbidade administrativa.

Portanto, sendo aplicável o princípio da insignificância no domínio da improbidade administrativa, é fundamental que os órgãos de persecução assim procedam, reconhecendo-a não apenas para se preservar a Lei de Improbidade Administrativa, não a banalizando, como igualmente para se resguardar a dignidade humana, que desautoriza o uso indevido da ação de improbidade contra o cidadão, nos casos em que não há justa causa para a sua propositura, geradora de elevados custos de defesa e de grande desgaste pessoal, não admitidos senão quando efetivamente presentes os indícios formais e materiais insofismáveis da prática de ato de improbidade administrativa.

Conclusões

Do exposto, conclui-se que:

1º - o princípio da insignificância tem aplicação no âmbito da responsabilidade por ato de improbidade administrativa.

2º - O reconhecimento da insignificância do fato ilícito afasta a tipicidade material da conduta, não permitindo um juízo positivo de improbidade administrativa, premissa maior autorizadora da aplicação das sanções do art. 12 da Lei 8.429/1992.

3º - Detectada no caso concreto a incidência do princípio da insignificância, caberá ao Ministério Público rejeitar a representação que lhe foi dirigida ou arquivar a investigação realizada, não propondo a ação civil pública por ato de improbidade administrativa, ou, então, tendo sido a ação proposta, postular pela sua rejeição ou improcedência, em respeito à cidadania.

Bibliografia

BERTONCINI, Mateus. Princípios de Direito Administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

_____. Ato de Improbidade Administrativa: 15 anos da Lei 8.429/1992. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Direito fundamental à probidade administrativa, p. 33-47. In: Estudos sobre improbidade administrativa, em homenagem ao Professor J.J. Calmon de Passos, 2ª edição revista, ampliada e atualizada. Organizadores: Cristiano Chaves de Farias, Alexandre Albagli Oliveira e Luciano Taques Ghignone. Salvador: Editora JusPODIVM, 2012.

Brasil. Conselho Nacional de Justiça – CNJ, Meta 18 de 2013 - Identificar e julgar, até 31/12/2013, as ações de improbidade administrativa e ações penais relacionadas a crimes contra a administração pública, distribuídas até 31/12/2011. Relatório gerado em 19/08/2013. Acesso em 19/08/2013:
http://www.cnj.jus.br/metas2013/docs/relatorio_meta18_combate_a_corrupcao.pdf.

Brasil. Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002 – Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1, inciso c.

Brasil. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006 – Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça – 2ªT. – Resp 892.818-RS – Rel. Min. Antônio Herman Benjamin – Dje.10-02-2008.

CARYL, Christian. A pandemia da corrupção. Jornal “O Estado de São Paulo”, caderno Internacional, p. A18, Domingo, 11 de novembro de 2012.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa, 4ª edição revista e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional. Belo Horizonte, Fórum, 2009.

1 Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Professor do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Professor de Direito Administrativo e de Processo Administrativo da Faculdade de Direito do UNICURITIBA e da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná – FEMPAR.

2 Brasil. Conselho Nacional de Justiça – CNJ, Meta 18 de 2013 - Identificar e julgar, até 31/12/2013, as ações de improbidade administrativa e ações penais relacionadas a crimes contra a administração pública, distribuídas até 31/12/2011. Relatório gerado em 19/08/2013.

Acesso em 19/08/2013: http://www.cnj.jus.br/metas2013/docs/relatorio_meta18_combate_a_corrupcao.pdf.

3 BERTONCINI, Mateus. Ato de Improbidade Administrativa: 15 anos da Lei 8.429/1992. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 33.

4 Brasil. Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002 – Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1, inciso c.

5 Brasil. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006 – Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003.

6 CARYL, Christian. A pandemia da corrupção. Jornal “O Estado de São Paulo”, caderno Internacional, p. A18, Domingo, 11 de novembro de 2012.

7 BERTONCINI, Mateus. Princípios de Direito Administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 153.

8 BERTONCINI, Mateus. Direito Fundamental à Proibição Administrativa, 2ª ed.. In: Estudos sobre Improbidade Administrativa – Em homenagem ao Professor J.J. Calmon de Passos. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 33-47.

9 BERTONCINI, Mateus. Ato de Improbidade Administrativa: 15 anos da Lei 8.429/1992. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 260-261.

10 Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009).

11 Brasil. Superior Tribunal de Justiça – 2ªT. – Resp 892.818-RS – Rel. Min. Antônio Herman Benjamin – Dje.10-02-2008.

12 É bom lembrar que o ressarcimento não é sanção, devendo, se cabível, ser cumulado com alguma outra medida de natureza punitiva prevista na LIA.

13 OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional. Belo Horizonte, Fórum, 2009, p. 280-281. Itálico no original.

14 OLIVEIRA, José Roberto Pimenta, *op.cit.*, p. 282.

15 GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa, 4ª edição revista e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 286.

A ação de reparação de danos coletivos e o acesso à justiça das lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros: atuação do Ministério Público para coibir, já tardiamente, a antiga prática de homofobia - Análise do caso concreto da campanha publicitária “Pernambuco não te quer - homossexualismo”.

*Maxwell Anderson Lucena Vignoli**

“A luta pelos direitos humanos, na perspectiva das vítimas, é uma luta política, pois deseja erradicar as causas político-sociais que produzem a permanente violação da dignidade humana. Essa luta política inclui a gestação do homem novo e da mulher nova, convertendo sua mente e seu coração para o ato criador, para o sentido da totalidade orgânica e da “fraternatura” (fraternidade e ternura) universal para com todos os seres da criação.

Se sua mente estiver límpida e seu coração pleno de amor, sua relação para com o universo dos seres, a começar pelos que sofrem, será de compaixão e de responsabilidade para com a cura das chagas que sangram injustamente. Daí o caráter messiânico e profundamente libertador dos grupos que organizam a luta pelos direitos humanos a partir da ótica dos empobrecidos, marginalizados e excluídos.”

Leonardo Boff

1. Introdução.

“*Não aguentamos mais ser ofendidos, já não basta o que sofri na vida até hoje, ainda preciso sofrer isso perante toda a sociedade.*”. Waldetário Guedes Junior, Presidente da organização não governamental de defesa dos direitos da população LGBT de Pernambuco. Esta é a expressão aberta de um gay face-a-face com o Promotor de Justiça. Neste mesmo momento, dentro das paredes de casa, junto ao teclado do computador mais de 30 pessoas não tiveram a mesma coragem de ultrapassar o preconceito e procurar pessoalmente à Promotoria de Justiça para clamar ao Estado uma punição e digitaram a angústia nas denúncias eletrônicas do “*Denúncia on-line do MPPE*” e “*Disque 100 violência do Governo Federal*”. Os gritos amordaçados eram “*sinto-me ofendido*”, “*isso não pode acontecer*” e “*até quando vamos sofrer*”.

As denúncias *on-line* foram encaminhadas para as Promotorias de Justiça com atribuição criminal e receberam a seguinte posição seca, positivista e técnica: declino da atribuição para Promotoria de Direitos Humanos em razão da inexistência do crime de homofobia no ordenamento jurídico brasileiro e, em outros casos, indefiro qualquer encaminhamento por falta

da tipificação do crime de homofobia.

Os fatos acima foram desencadeados após a publicidade apresentada na data de 03 de setembro de 2012, veiculada na primeira página do caderno Recife do Jornal Escrito “*Folha de Pernambuco*”, com seguinte texto e arte “*Pernambuco não te quer - homossexualismo*” de autoria de Grupo de pessoas sem personalidade jurídica intitulado “*Pro Vida- Fórum de defesa da vida*”, instituição identificada como ecumênica. Mas a publicidade foi estabelecida pelo contrato de venda de serviço pela Empresa Comercial (nome protegido).

Além dessa ofensa, houve desrespeito à dignidade dos pernambucanos, que foram indireta e acintosamente expostos como intolerantes, pois a mensagem pressupunha que os pernambucanos não querem homossexuais no território do Estado Federado.

Considerando que a população do grupo social LGBTs é de aproximadamente 10% (dez por cento) da população (estimativas aproximadas e veladas pelo preconceito), temos, em Pernambuco (Estado com 8.000.000 habitantes), aproximadamente 800.000 (oitocentos mil) cidadãos ofendidos em sua dignidade, liberdade e igualdade. Considerando, ainda, as possíveis mortes ou suicídios desencadeados após esta atitude. Já que o Estado de Pernambuco ocupava, no ano de 2011, o nefasto segundo lugar nos índices de mortes da população LGBT do Brasil, tendo ocorrido 25 mortes no Estado e o Brasil ocupa o primeiro lugar desse ranking, concentrando 44% do total de execuções de todo mundo.¹

As palavras sofridas destes seres humanos podem ser traduzidas para os termos jurídicos: todo indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal e a violação destes preceitos exigem provimento jurisdicional adequado para evitar a concretização da ameaça e indenizar o dano perfilhado.

Assim, os objetivos da presente tese são: indicar fundamentos jurídicos para a legitimação do Ministério Público para propor ação civil pública com pedido de danos coletivos por ofensa ao direito à livre expressão afetivo-sexual e identidade de gênero, coibindo assim as práticas de homofobia; apontar soluções eficazes para garantir o acesso à justiça dos ofendidos através da ação civil pública de dano coletivo e, por fim, na falta da tipificação do crime de homofobia, provar que a aplicação de multa pecuniária propõe-se a efetivamente coibir novas práticas homofóbicas, conferindo a complementação necessária a norma Constitucional anunciadora do direito humano à dignidade e à liberdade de expressão afetivo-sexual e identidade de gênero.

2. Desenvolvimento.

2. 1. Ações coletivas e legitimidade do Ministério Público - acesso à justiça d@s lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros.

A previsão das ações coletivas para tutela de direitos transindividuais representa a ampliação do acesso à justiça, considerando que uma única demanda ajuizada por um co-legitimado legal passa a ser suficiente para a tutela de interesse pertencente a número indeterminado de cidadãos.

A defesa nacional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos foi consolidada com a Constituição Federal de 1988 e materializada com a edição da Política Nacional do Meio ambiente, em 1981, da Lei de Ação Civil Pública - Lei 7.347/85 e do Código de Defesa do Consumidor - Lei 8.078/90, em especial ao artigo 81.

Os direitos difusos constituem direitos transindividuais e indivisíveis, que ultrapassam a esfera de um único indivíduo, em que a satisfação do direito deve atingir a uma coletividade

indeterminada, porém, ligada por uma circunstância de fato.

Nesse caso, a indeterminação dos titulares é absoluta, pois não é possível definir de maneira individualizada o titular do direito. Tal natureza indivisível faz com que o direito exista para todos de maneira única, não sendo possível a satisfação de maneira fracionada. É inviável, portanto, que haja satisfação do interesse de um lesado sem que o interesse dos demais seja atendido, uma vez que não é possível dividi-lo.

Como leciona José Carlos Barbosa Moreira, os direitos difusos não pertencem a uma pessoa isolada, nem a um grupo nitidamente delimitado de pessoas, mas sim a uma série indeterminada e de difícil ou impossível determinação, cujos membros não se ligam por vínculo jurídico definido. ²

Os direitos coletivos constituem direitos transindividuais de pessoas ligadas por uma relação jurídica base, sendo seus sujeitos indeterminados, porém determináveis. É possível, neste caso, delimitar uma classe ou grupo de sujeitos ofendidos, embora também exista a indivisibilidade do direito, pois não é possível conceber tratamento diferenciado aos diversos interessados coletivamente.

Já os direitos individuais homogêneos são aqueles que transcendem o escopo individual e decorrem de questões sociais, atingindo pessoas determinadas ou determináveis, e cujos direitos são ligados por um evento de origem comum. Tais direitos podem ser tutelados coletivamente mais por uma opção de política do que pela natureza de seus direitos, que são individuais, unidos os seus sujeitos pela homogeneidade de tais direitos num dado caso.

O caso em análise trata de inúmeros cidadãos pernambucanos que se sentiram ofendidos pela publicação promovida pelo Fórum Pró-Vida. Não há como determinar uma classe, um grupo específico, tampouco é possível delimitar a região de abrangência do dano coletivo. Tais cidadãos estão ligados pela mesma circunstância fática que é a referida publicação.

Não se trata de pequeno grupo delimitado pela orientação sexual, ou pela cor, ou pela religião, ou pelo local de domicílio. Não se trata, ainda, de sujeitos que, individualmente, sofreram ofensas parecidas. A garantia do acesso a justiça destes indivíduos indeterminados que sofreram grave lesão ao seu direito fundamental. Não há dúvidas, portanto, quanto ao direito coletivo tutelado.

Na ação coletiva, ao contrário da individual, há relevância social, pois o trâmite da ação proporciona economia judicial, acesso à justiça e efetividade à concretização do direito material. Há, ainda, a dispersão do dano, em decorrência da pluralidade de pessoas lesadas em seu direito.

O instrumento processual adequado para a defesa dos direitos individuais homogêneos é o gênero Ação Coletiva (art. 81, p. ú., III, da Lei nº 8.078/90) que visa proteger interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, cujo instrumento não se limita à Ação Civil Pública, abrangendo, também, ações mandamentais, cautelares, executórias e outras.

O caráter essencialmente coletivo de uma demanda está relacionado com a indivisibilidade do objeto, situação que, constatada, implicará no tratamento unitário, não comportando, desta feita, soluções diversas para os interessados, tal como ocorre, por exemplo, no litisconsórcio unitário.

Considerando a importância social da demanda coletiva, exige-se que o processo coletivo seja instrumento hábil e eficaz para dar respostas adequadas aos conflitos de massa. Para tanto, a autoridade judiciária pode, por exemplo, flexibilizar regras processuais e determinar de ofício as medidas que julgar necessárias. Assim, a observância dos princípios acima

elencados tem por objetivo legitimar a função social da jurisdição.

O Código de Defesa do Consumidor (CDC), em respeito à cidadania, trouxe a possibilidade da defesa dos direitos difusos por meio de uma única ação. Dessa forma, buscou evitar as dificuldades da propositura de ações individuais, de iniciativa de cada um dos eventuais lesados.

As ações coletivas existem também por questões de economia processual, para beneficiar um grupo de pessoas com uma única ação, o que é mais econômico, pois evita a propositura de diversas demandas individuais e permite que seja conferida a mesma solução para conflitos homogêneos e acesso mais fácil à justiça.

Se todos os sujeitos do direito lesado propusessem ações individuais, o volume de processos poderia emperrar a máquina judiciária que não teria como dar vazão às inúmeras ações. Ademais, com a propositura de diversas ações individuais, não haveria garantia de que todas receberiam a mesma solução, podendo ensejar o estabelecimento de desigualdades de provimentos judiciais a situações fáticas semelhantes.

Para evitar que os cidadãos tenham seus direitos lesados sem chance de reparação, por força do elevado custo de um processo judicial, bem como para evitar a sobrecarga de ações judiciais e soluções desiguais para o mesmo ato lesivo, o CDC autoriza a defesa dos direitos de forma coletiva, por meio de um único processo.

A ordem jurídica reconhece, portanto, a necessidade de substituir o acesso individual dos lesados à justiça por um acesso coletivo, de modo que a solução obtida no processo coletivo deve ser apta a evitar decisões contraditórias, além de garantir uma solução mais eficiente da lide, uma vez que o processo coletivo é exercido em proveito de todo o grupo lesado.

No caso sob análise, seria deveras improvável que cada cidadão com sexualidade minoritária adentrasse individualmente com ações com pedidos individuais, seja em razão da insignificância da reparação, seja porque e, principalmente, não teriam coragem de se expor, em razão do preconceito e homofobia.

O Ministério Público surge, neste caso, como substituto a todos esses cidadãos escondidos e marginalizados, que são oprimidos e permanecem em locais privados, para não serem execrados. A busca do Judiciário para pleitear uma indenização individual pode ser traumática para o homossexual, bissexual ou transgênero, atordoado com tantos desmandos intolerantes, e, com efeito, a legitimação do Ministério Público em defender o interesse desses cidadãos é evidente e mais que justificado.

No âmbito da tutela coletiva, verifica-se a legitimidade extraordinária, através da qual a defesa de um direito é exercida por outrem, que não o titular do direito material. No presente caso, a legitimidade se concretiza pela substituição processual, em que o Ministério Público, em nome próprio, defende direito alheio, de uma coletividade indeterminada.

O art. 129, III, da Constituição Federal, e o art. 82, I, da Lei 8.078/90, dispõem sobre a função institucional do Ministério Público, conferindo-lhe, expressamente, legitimidade ativa para a promoção de Ação Civil Pública para a defesa dos direitos difusos e coletivos (transindividuais).

A Constituição Federal elegeu o Ministério Público como defensor da sociedade, tornando-o responsável pela tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis, sendo este, portanto, seu objetivo institucional específico.

2.2 A dignidade humana.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu art. 1º, prevê que *todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade*. Segue, no art. 2º, afirmando: Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania. E, Continua, no art. 3º, afirmando que *todo indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal*.

A dignidade humana é o fundamento da Declaração Universal dos Direitos do Homem e pressupõe entender a liberdade em conjunto com a igualdade, sendo assim, cometer o impropério de discriminar situações iguais é opressão, e não liberdade. A limitação ou supressão desses direitos, considerados fundamentais, implica em violação ao referido preceito.

A República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito e tem, como fundamento, a dignidade da pessoa humana; e, como objetivos, construir uma sociedade livre, justa e solidária e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, conforme previsto nos arts. 1º e 3º da Constituição.

A dignidade humana é, segundo Ingo Sarlet³, a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade. Implica um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, com venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência em comunhão com os demais seres humanos.

A orientação sexual está presente nas características de como cada indivíduo humano deseja o outro ser de acordo com a vida pessoal; é o direito de viver livremente a personalidade, com reconhecimento de si próprio. A opressão em restringir a expressão da sexualidade desencadeia ofensa à integridade física e psíquica da pessoa e, portanto, ofende os direitos individuais do cidadão em ser feliz e digno.

O Estado deve promover a igualdade da livre expressão à orientação sexual, para tanto, quando houver tratamento desigual, ações estatais e sociais são imprescindíveis ao escopo de igualar os desiguais que, por pensamentos, sentimentos e ações separatistas e discriminatórios, são excluídos e, dessa forma, são compreendidos pela doutrina jurídica como hipossuficientes.

Afirma a Mestre Maria Berenice Dias⁴:

É o afeto e o princípio da afetividade que trazem legitimidade a todas as formas de família. Com a consagração do afeto a direito fundamental, não há como deixar de reconhecer que uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo também são marcadas pelo elo da afetividade. Outra não foi a razão para identificar tais vínculos familiares: uniões homoafetivas.

A liberdade e igualdade de expressão de orientação sexual compõem a constituição humana, que resultam nos valores supremos da humanidade, e a proteção delas por todos é garantia do direito de solidariedade, justiça e paz no mundo.

A proteção aos direitos humanos, mormente à dignidade, à igualdade e à solidariedade, não deve se restringir a discursos ideológicos e surreais. Ao assumirem a posição de fundamento ao Estado de Direito, de nada adianta apenas afirmá-los se não houver obstes eficazes a atos infames, discriminatórios e segregacionistas. Nesse contexto, surge a disposição afluiva-educativa do art. 5º da Constituição, em prever a reparação do dano por ofensa a estes direitos.

A marginalização das relações homoafetivas constitui afronta aos direitos humanos por ser forma de privação do direito à vida, violando os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

A reunião de especialistas, realizada em Yogyakarta, Indonésia, entre 06 e 09 de novembro de 2006, indicaram princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à expressão afetivo-sexual e identidade de gênero, sendo norte para interpretação e aplicação das normas jurídicas internacionais acima referidas.

Dentre os princípios elencados na referida reunião, destacamos o **princípio 29, RESPONSABILIZAÇÃO (“ACCOUNTABILITY”)**, *in verbis*:

Toda pessoa cujos direitos humanos sejam violados, inclusive direitos referidos nestes Princípios, tem o direito de responsabilizar por suas ações, de maneira proporcional à seriedade da violação, aquelas pessoas que, direta ou indiretamente, praticaram aquela violação, sejam ou não funcionários/as públicos/as. Não deve haver impunidade para pessoas que violam os direitos humanos relacionadas à orientação sexual ou identidade de gênero. (destacamos)

Os Estados deverão:

- a) Implantar procedimentos criminais, civis, administrativos e outros procedimentos, que sejam apropriados, acessíveis e eficazes, assim como mecanismos de monitoramento, para assegurar que as pessoas e instituições que violam os direitos humanos relacionados à orientação sexual ou identidade de gênero sejam responsabilizadas;
- b) Assegurar que todas as alegações de crimes praticados com base na orientação sexual ou identidade de gênero da vítima, seja ela real ou percebida, inclusive crimes descritos nestes Princípios, sejam investigados de forma rápida e completa e que, quando evidências adequadas sejam encontradas, os responsáveis sejam processados, julgados e devidamente punidos;
- c) Implantar instituições e procedimentos independentes e eficazes para monitorar a formulação de leis e políticas e sua aplicação, garantindo a eliminação da discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero;
- d) Eliminar qualquer obstáculo que impeça a responsabilização das pessoas que praticaram violações de direitos humanos por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero.

A homofobia expressa-se na sociedade não só na modalidade violenta, mas perpassa velada e mascarada continuamente pelas pressões para existência de “guetos”, pela incapacidade de conviver em um mesmo ambiente, pela negação de direitos e pela resistência

em buscar conhecimento sobre o assunto.

Não importa a forma de expressão afetivo-sexual e identidade de gênero, todas não devem ser tratadas como uma opção, mas sim um direcionamento do afeto e desejo para o encontro com outro ser humano. Portanto, qualquer busca de motivação e justificativa para uma sexualidade periférica é apontar para um suposto erro ou condição anormal do sujeito e isto é preconceito, exclusão e violência.

No mesmo viés, assim se expressa Roberta Vieira Larrateia⁵:

A Carta Magna vigente, ao trazer expressamente em seu corpo a dignidade humana como um dos fundamentos da República, procurou resguardar os direitos fundamentais de cada indivíduo da sociedade, pura e simplesmente, pelo fato de existirem como pessoas. Assim, a Carta Magna de 1988 constitucionalizou, como cláusula pétrea, em seu art. 5º, V e X, o direito à indenização, pois o homem começou a ser visto como ente dotado de uma dignidade intrínseca, a qual deve ser amplamente resguardada.

O dano moral deve ser considerado como uma lesão a qualquer um dos elementos que constituem o basilar princípio da dignidade da pessoa humana, de modo a afetar sua dignidade, que deve ser reparada, pois somente com a ampla proteção constitucional será possível garantir às pessoas a preservação de sua personalidade e, em linha gerais, sua intrínseca dignidade. (destacamos).

2.3 A reparação pela prática do ilícito e promoção da paz.

O art. 1º, III, da Constituição, traz como fundamento basilar do nosso ordenamento jurídico a dignidade da pessoa humana, ao passo que seu art. 3º, IV, veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e, qualquer outra forma de preconceito, nesse sentido, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal Ayres Brito em posição brilhante na decisão memorável de 05 de maio de 2011, julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132/08, faz referência Carl Gustav Jung ao afirmar que *homossexualidade é entendida não como anomalia patológica, mas como identidade psíquica e, portanto, como equilíbrio específico que o sujeito encontra no seu processo de individuação*. Esta posição do eminente médico psiquiatra antecipa um dos conteúdos do preâmbulo da nossa Constituição, precisamente aquele que insere a liberdade e a igualdade na lista dos “valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”, A homoafetividade não é crime ou doença, mas sim *um traço da personalidade que precisa ser expresso em garantia do direito à felicidade*.

Os envolvimento afetivo-sexual e a identidade do gênero expresso pelas pessoas é fator primordial para a afirmação pessoal, elemento da dignidade humana, de modo que a ofensa a tal direito implica em ofensa direta à Constituição Federal.

No caso sob análise, houve grave ofensa à dignidade de uma coletividade, causada por uma publicação em jornal de conteúdo preconceituoso e homofóbico contra o princípio constitucional mencionado.

Posto isso, impende destacar que o “Fórum Pró Vida”, ou quem o represente no contrato com o Jornal, tem o dever de não colocar em prática atos ou condutas que exponham os cidadãos a riscos. Portanto justifica-se a impetração de ação civil pública com prestação a que fazem jus os cidadãos pernambucanos de ver satisfeito o direito que lhes é reconhecido pelo

ordenamento jurídico.

O art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, garante o *direito de ação* e, por consequência, assegura a existência de um provimento jurisdicional adequado a evitar a concretização da ameaçada violação ao direito. No caso, justifica-se a ação coletiva com caráter inibitório e mandamental, por ser ela capaz de representar o direito de inúmeros indivíduos lesados, como também a reparação do dano coletivo causado, como forma de coibir novas práticas ilícitas e antijurídicas por parte do agressor ou de qualquer outra pessoa.

No Brasil, o regime jurídico baseado na culpa não se adapta à responsabilidade por danos causados a bens e interesses coletivos e difusos – admite-se, então, que, quanto aos interesses transindividuais, a responsabilidade é *objetiva*, ou seja, independe da comprovação de culpa do agente violador do direito.

Em outras palavras, temos que, no caso de dano coletivo, dispensa-se a prova da culpa para a responsabilização do agente, já que, para a concretização do dano basta a simples violação de direitos da personalidade dos lesados.

Resta evidente a violação do direito mais supremo de cada cidadão – a dignidade da pessoa humana. Neste viés, entende-se que, ao juiz, cabe apenas identificar a violação antijurídica e o dano concretamente sofrido para, posteriormente, fixar possível reparação pecuniária vinculada ao evento danoso.

O dano moral coletivo é a injusta lesão, causada em decorrência de uma violação antijurídica, da esfera moral e afetiva de uma comunidade, dotada de valores coletivos. Trata-se, pois, de agressão ao patrimônio valorativo de uma população, praticada de maneira absolutamente injustificável no mundo jurídico.

Conforme ensina Carlos Alberto Bittar, o dano moral *compreende o conjunto de valores reconhecidos como integrantes das veias afetiva (ou sentimental), intelectual (de percepção e de entendimento) e valorativa (individual e social) da personalidade.* ⁶

O doutrinador Rogério Tadeu Romano exemplifica de forma clara como hipótese de dano moral coletivo a divulgação de informações ofensivas à honra ou à consideração de certas comunidades ou categorias de pessoas, bem como a discriminação em relação à orientação sexual. ⁷

A coletividade é formada por um conjunto de indivíduos com valores comuns, distintos dos valores pertinentes a cada pessoa, individualmente considerada. Os valores em questão se referem à comunidade como um todo indivisível, que é uma pluralidade indeterminada de pessoas e não comporta, neste caso, os interesses essencialmente individuais de cada indivíduo.

Não se trata aqui de dano ao acervo pecuniário de um sujeito dotado de economicidade, mas sim de dano no âmbito dos componentes sentimentais de uma coletividade indeterminada, que foi atingida através de publicação, “campanha”, que lesou gravemente a parte afetiva do patrimônio moral humano, ligada à dor e tristeza.

Em princípio, diz-se que a dor não admite compensação pecuniária, pois não é possível avaliar o dano moral, o qual envolve sentimentos íntimos de afeição. Entretanto, a Constituição Federal, em seu art. 5º, V e X, prevê a indenização do dano moral, motivo que nos leva a pensar sobre a necessidade de mensurar economicamente dano tão grave causado a pessoas indeterminadas.

O evento danoso foi dirigido ao âmbito dos valores e princípios humanos e, nesse contexto, entendemos que, embora não seja possível medir economicamente o valor do dano moral

sofrido pela coletividade, é possível estabelecer parâmetros pecuniários, com o fim pedagógico de coibir novas práticas ilícitas por parte do “Fórum Pró Vida” e outras entidades ou sujeitos.

O dano moral coletivo não admite, em tese, reparação pecuniária, tendo em vista que o abalo sofrido pelos sujeitos não é passível de valoração econômica. Então, repita-se que a reparação pecuniária citada possui cunho eminentemente pedagógico, visando, precipuamente, inibir novas práticas ilícitas por parte do agente e de outros sujeitos que poderiam praticar atos semelhantes ao do caso.

Qualquer forma de discriminação ofende a dignidade humana e a jurisprudência aponta, com muita clareza e sapiência, o reconhecimento do dano moral em caso de discriminação sexual:

Indenizatória. Dano Moral. Segurança de shopping center. Discriminação de casal homossexual. Questão probatória. Sentido Diverso. O exame da prova oral revela que, na verdade, a abordagem do casal homossexual se deu por motivação discriminatória, diante de manifestações normais de carinho (beijos e abraços), e não porque estivesse o par em atitude ofensiva ao pudor, conforme alega o shopping center onde ocorreu o fato. Violação à dignidade humana que gera dano moral puro. Dever de indenizar configurado. Recurso provido. Unânime. (TJRS, Rec. Civ. 71001867761, 1ª T., rel. Des. João Pedro Cavali Junior, j. 12.03.2009).

Dano moral. Reportagem televisiva exibindo imagens do local para ilustrar a crônica sobre igreja com referência de ser frequentada por comunidade gay, com várias passagens jocosas. Configuração, porquanto a liberdade de informar é limitada pelo dever de respeito à imagem, à integridade e ao conceito das pessoas no meio social. Indenização, contudo, exacerbada ficando reduzida, como também alterado o período de incidência dos juros moratórios. Apelos dos réus e do adutor providos parcialmente. (TJSP, AC 994070289160, 10ª C. Dir. Priv., rel. Des. Testa Marchi, j. 29.07.2010).

É através da aplicação da reparação do dano que a dignidade humana de todos os ofendidos pode ser reajustada pelo Poder Judiciário, garantindo a concretização dos fundamentos da Constituição Federal Brasileira. Movimentando-se neste sentido o Ministério Público, como defensor dos Direitos Humanos, realizará o que foi ventilado no voto do Ministro Ayres Brito, na decisão do O Supremo Tribunal Federal, em 05 de maio de 2011, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132/08, reconheceu a união estável para casais do mesmo sexo, quando afirma que o Estado Brasileiro não pode abster-se de defender os Direitos desta população, que há muito era excluída dos direitos previdenciários ou patrimoniais, como também é vítima de humilhações e expressões públicas e privadas de violência.

Para ilustrar a obrigação do Estado em defender os direitos fundamentais previstos em nossa Constituição, vale transcrever outras palavras de Maria Berenice Dias:

É indispensável reconhecer que os vínculos homoafetivos são muito mais do que relações homossexuais. Em verdade, configuram categoria social que não pode mais ser discriminada ou marginalizada pelo preconceito, sob pena de o Direito falhar como Ciência e, o que é pior, como Justiça. Entre o preconceito e a justiça, deve o Estado ficar com a Justiça e, para tanto, mister que albergue no direito legislado novos conceitos, derrotando velhos preconceitos. Está na hora de o Estado – que se quer

democrático e consagra como princípio maior o respeito à dignidade da pessoa humana – deixar de **sonegar juridicidade aos cidadãos** que têm direito individual à liberdade, direitos social à proteção positiva do Estado e, sobretudo, direito humano à felicidade. (grifos nossos).

O comportamento fundamentalista de base religiosa dos autores do ato inconstitucional, representa o fato de que o ser humano precisa apontar algo maligno ou infernal para que ele próprio sinta-se impávido e perfeito.

É evidente que esta atitude discriminatória pauta-se e sedimenta-se no sentimento de *medo*, inerente a todo ser humano. O discurso hegemônico e, portanto, excludente, surge como compensação à falta de onipotência humana. Da ausência de plenitude.

Ocorre que esta mobilização/ação destrói a dignidade de outras pessoas, assim como ocorreu no Nazismo, quando homossexuais, judeus, ciganos e negros foram apontados para engrandecer a fraqueza da população alemã, naquele momento, com dificuldades econômicas e sociais.

O discurso de base fundamentalista da negação de algo para, ilusoriamente, ser outro algo desencadeia regras impositivas excludentes e nos faz remeter a Hanna Arendt, na sua brilhante análise do julgamento de Adolf Eichmann, em Jerusalém, sobre o cumprimento da ordem determinada pelos cânones do “*sistema legal ao qual Eichmann estava acostumado*”.⁸

Adolf Eichmann, condenado no julgamento de Jerusalém nos anos 40, nasceu em um família humilde, trabalhou como militar diligente, percorreu a carreira militar desde os postos mais rasos. A ideologia Nazista, baseada em posições discriminatórias e excludentes predominava e ditava a regra da época. Apesar de Eichmann ter intenções de respeitar as pessoas, até mesmo os excluídos/discriminados, cumpriu a ordem do sistema e regime.

A sentença proferida pelo tribunal, no caso de Eichmann pelo Tribunal de Jerusalém, assim define: *a punição de uma ação ou omissão não fica excluída com base no fato de a pessoa considerar seu comportamento necessário por sua consciência ou pelos preceitos de sua religião*. Eichmann agiu, na época, dentro dos limites impostos dele por ele mesmo, assumindo a posição, mesmo ilusória, de participar do que supostamente considerava certo.

Estas posições excludentes, a exemplo da apresentada pela propaganda “Pernambuco não te quer: homossexualismo” na data de 03 de setembro de 2012, e, posteriormente, em panfletos e na internet, é vedada e ilegal exatamente por fundar-se em preceitos discriminatórios e ilusórios desenvolvidos a partir de preceitos religiosos que pseudo-empoderam o pobre e frágil ser humano de uma vida eterna e salvação, se acaso as ordens forem cumpridas.

Esquecem estas pessoas que atitudes como essa podem ser o início de uma ordem soberba que, com empáfia, criará toda sorte de Eichmanns – homens que, apesar de intencionar o bem, seguiram alienadamente a ordem estabelecida por um discurso hegemônico, preconceituoso e discriminatório.

Sorte do nosso País, neste milênio de 2000, não ser um Estado fundamentalista, pois, se assim fosse, todos nós, inclusive o Congresso do Ministério Público, ao receber esta tese, já teríamos sido fuzilados ou queimados em fogueiras montadas em praças públicas.

3. Conclusão:

É evidente, de acordo com os fundamentos jurídicos apresentados acima, a legitimação do Ministério Público para propor ação civil pública com pedido de danos coletivos por ofensa ao direito à livre expressão afetivo-sexual e identidade de gênero, coibindo assim a práticas de homofobia, além da inibitória com obrigação de não fazer.

As soluções para garantir o acesso a justiça da população de lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros e a todos os pernambucanos ofendidos são, não só a ação mandatória de não fazer, mas também a reparação do dano coletivo em valor vultoso para apontar soluções eficazes como garantia ao acesso à justiça dos ofendidos através da ação civil pública de dano coletivo e, no mínimo, dar aos ofendidos resposta pela dor sofrida, por ter restado demonstrada a irreversibilidade do dano e o conseqüente prejuízo resultante do ato ilícito praticado ao divulgar a campanha/publicidade.

Além da importância pedagógica, o montante pecuniário indenizatório também assume força inibitória, para permitir que a sanção alcance efetiva reprimenda ao ato antijurídico cometido pela propaganda/campanha, além de provocar total desestímulo à sociedade para novas lesões semelhantes.

Seguindo a teoria da *punitive damages*, a cominação de condenação, neste caso, tem o intuito de provocar uma punição ao agente cometedor do ilícito. Suscetível, ainda, de incitar e coagir o responsável pelo dano a não mais prosseguir no cometimento de atos ilícito

Por outro lado, não se deve olvidar da ação inibitória que tem por objetivo alcançar provimento judicial apto a impedir futura violação ao direito material, vedando a prática do ato lesivo, para que os titulares do direito possam usufruí-lo. Este tipo de ação é cabível quando há presença de atos que representem justo receio de sua futura violação ou sério perigo de prática de ato violador de interesse. De lembrar que a ameaça a direito é protegida pela Constituição Federal, em seu art. 5º, XXXV.

Não se pretende, aqui, a reparação pelos danos já causados, tendo em conta que, para os direitos difusos, não cabe reparação pecuniária das violações, por isso, é essencial a forma preventiva, através de ordem judicial capaz de impedir a autoridade a praticar atos ilegais. Portanto, a tutela sancionatória é insuficiente para a efetiva proteção dos referidos direitos.

No presente caso, a ameaça de lesão, requisito para a emanção do provimento inibitório, está sobejamente embasada na existência de fatos objetivos, sendo certo que há perigo de uma futura prática de ato lesivo por parte do Fórum Pró Vida.

A tutela inibitória é tutela mandamental que tem por função impedir a prática, a continuação ou a repetição de um ilícito, atuando sobre a vontade do ordenado. Tal ação busca remover os efeitos perniciosos do ilícito praticado, através de provimento mandamental capaz de repreender o ilícito e evitar que ele se repita no tempo.

Joaquim Felipe Spadoni diz que a ação inibitória coletiva possibilita impedir, de forma eficaz, a prática de futuro ato lesivo a qualquer interesse, através do seu ajuizamento. Viabiliza-se, assim, a tutela preventiva definitiva do direito metaindividual, fazendo-se cessar a continuação ou repetição da violação já iniciada.

Restando demonstrada a conduta ilícita e antijurídica do autor da campanha/publicidade, cabe ao Ministério Público requerer que o Poder judiciário aplique meios sub-rogatórios que conduzam ao resultado prático para prevenir futuras condutas ilícitas por parte do demandado, em face da evidente a violação a direitos e interesses fundamentais.

Em promoção dos fins para o qual foi criado o Ministério Público deve promover a inclusão, a união e o amor, como o respeito a liberdade dos humanos serem como são nas vontades,

sentimentos e ações, assim agindo, limpar-se-ão a mente turva e o coração odioso daqueles que ainda não se ajustam aos preceitos éticos fundamentais e tentam quebrar os laços por uma rede de vida, sem sentido de colaboração, propondo hegemonias excludentes que não se complementam.

4. Referências:

- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ação civil pública. Revista Trimestral de Direito Público, mar./ 93
- SARLET, Ingo Wolfgang in Dias, Maria Berenice. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: o preconceito & a justiça*. 5. ed. Rev. Atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- LARRATÉA, Roberta Vieira; DIAS, Maria Berenice (coord.). *Dano Moral por discriminação in Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais*. 2ª ed. São Paulo : RT. 1994, p. 204.
- ROMANO, Rogério Tadeu; disponível em <http://www.jfrn.gov.br/institucional/biblioteca/doutrina/doutrina227.pdf> acessado em 10 de julho de 2013.
- ARENDT, Hannah, Eichmann em Jerusalém, Um relato sobre a banalidade do mal. Hannah – Hannah Arendt; tradução José Rubens Siqueira. - São Paulo: Companhia das Letras, 1999. <http://www.ggb.org.br/assassinatos%20de%20homossexuais%20no%20brasil%202011%20GGB.html> em 15 de outubro de 2012.
- 1 Disponível em <http://www.ggb.org.br/assassinatos%20de%20homossexuais%20no%20brasil%202011%20GGB.html> acesso em 15 de outubro de 2012.
- 2 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ação civil pública. Revista Trimestral de Direito Público, mar./ 93
- 3 SARLET, Ingo Wolfgang in Dias, Maria Berenice. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- 4 DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: o preconceito & a justiça*. 5. ed. Rev. Atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- 5 LARRATÉA, Roberta Vieira; DIAS, Maria Berenice (coord.). *Dano Moral por discriminação in Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- 6 BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais*. 2ª ed. São Paulo : RT. 1994, p. 204.
- 7 ROMANO, Rogério Tadeu; disponível em <http://www.jfrn.gov.br/institucional/biblioteca/doutrina/doutrina227.pdf> acessado em 10 de julho de 2013.
- 8 ARENDT, Hannah, Eichmann em Jerusalém, Um relato sobre a banalidade do mal. Hannah – Hannah Arendt; tradução José Rubens Siqueira. - São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- * Promotor de Justiça de Jaboatão dos Guararapes - PE

A Responsabilidade Penal dos Prefeitos Municipais pela Omissão no Cumprimento do Preceito Contido no Artigo 54 da Lei 12.305/2010

Patrícia de Fátima de Carvalho Araújo Franco

Ana Maria Magalhaes de Carvalho

1. Justificativa

A proteção do meio ambiente e a Política Nacional de Resíduos Sólidos:

Ao lado do aquecimento global, da chuva ácida, do buraco na camada de ozônio, da poluição atmosférica e de outras mazelas ambientais que tiveram e têm repercussão global, a geração de resíduos sólidos, intensificada pelos hábitos da sociedade de consumo e sua cultura dos descartáveis, agregada à falta de implementação de uma política de gerenciamento dos resíduos, notadamente a coleta seletiva para aproveitamento com reciclagem e reuso e a construção de aterros sanitários que confirmam uma destinação ambientalmente adequada aos rejeitos, é hoje compreendida como um grave problema ambiental a ser enfrentado pela humanidade para garantir mais do que a sadia qualidade de vida das presentes e das futuras gerações, e sim a própria sobrevivência humana sobre a Terra.

Na visão de Fábio COMPARATO (1986), a sociedade contemporânea, fundada em uma cultura de massa, consequência de um intenso crescimento demográfico, trouxe fenômenos sociais e jurídicos, muitos deles, ligados aos interesses à qualidade de vida das pessoas, tais como a defesa do meio ambiente, que implicam novas funções estatais e a mudança do eixo central das atividades do Estado, da legislação para a administração, da aplicação do direito para a elaboração e execução de programas de ação. Tal fato alterou o sistema jurídico, que deixou de ser fundado nas tutelas unicamente individuais, para lastrear-se também na tutela das classes ou das categorias, em que os indivíduos estão agrupados e normatizados, reclamando esses interesses metaindividuais tratamento diferenciado e próprio a suas especificidades. Dentre esses estão os chamados *interesses difusos*, ou seja, aqueles interesses de titulares indetermináveis, decorrentes de situações de fato e essencialmente indivisíveis, dos quais o Meio Ambiente é espécie.

GRINOVER (1984) conceitua dessa forma os interesses difusos, como os interesses que não encontram apoio em uma relação base bem definida, reduzindo-se o vínculo entre as pessoas a fatores conjunturais ou extremamente genéricos, a dados de fato frequentemente acidentais e mutáveis: habitar a mesma região, consumir o mesmo produto, viver sob determinadas condições socioeconômicas, etc. Trata-se de interesses espalhados e informais à tutela de necessidades, também coletivas, referentes à qualidade de vida. E essas necessidades e interesses de massa sofrem constantes investidas frequentemente também de massas, contrapondo grupo versus grupo, em conflitos que se coletivizam em ambos os polos.

Com efeito, a escassez dos bens ambientais leva ao agravamento da crise ambiental do planeta, sendo certo que o comportamento humano e o estilo de vida influem negativa e significativamente no frágil equilíbrio da vida sobre a Terra, pois levam ao esgotamento dos bens ambientais e à forte geração de resíduos decorrentes do consumo em massa.

Como bem assinalou Jean Jacques ERENBERG (2002, pag. 1733)

o prejuízo ambiental se dá, também, na cadeia de consumo, mediante o desperdício e a produção de quantidades fenomenais de lixo, tanto pelo descarte de resíduos sólidos, como pela destinação final de bens pós- utilizados, que acabam também por ser tratados como tal.

Registre-se que, na Amazônia, o fenômeno da falta de gerenciamento de resíduos alcançou proporção gravíssima em decorrência da proliferação de “lixões” a céu aberto - a maior parte situada dentro de zonas urbanas populosas. O problema é incomensurável diante da ausência de estudos que revelem todas as consequências danosas para a saúde das pessoas que habitam no entorno desses lixões, bem como o atingimento do lençol freático de cada região.

Ao preocupar-se com a questão, o CONAMA- Conselho Nacional de Meio Ambiente, editou a Proposição CONAMA nº. 259, mas, já em 2004, seus termos se encontravam desatualizados. Assim, objetivando coletar subsídios para a formulação de uma proposta de projeto de lei que pudesse atualizar o conteúdo da Proposição, o órgão realizou, em agosto de 2004, o Seminário intitulado “Contribuições à Política Nacional de Resíduos Sólidos”.

Consoante a Exposição de Motivos da Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos, a partir desse ano, o Ministério do Meio Ambiente promoveu inúmeras discussões interministeriais e seminários regionais com a temática de resíduos sólidos que contaram com a participação da sociedade civil, da Confederação Nacional das Indústrias-CNI, com a Federação das Indústrias do Estado de São Paulo-FIESP, com a Associação Brasileira de Engenharia Sanitária-ABES, com o Compromisso Empresarial para Reciclagem-CEMPRE, e com outras entidades e organizações afins, visando consolidar e sistematizar as informações existentes, a fim de melhor subsidiar as discussões que estavam sendo travadas pelo Congresso Nacional. O resultado desses debates foi a consolidação de uma proposta de anteprojeto de lei de “Política Nacional de Resíduos Sólidos” da qual se originou a Lei Federal n. 12.305, de 02 de agosto de 2010 - também chamada de Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS), a qual foi regulamentada pelo Decreto Federal n. 7.404, de 23 de dezembro de 2010.

A citada lei instituiu entre nós a política a ser adotada, de forma escalonada e harmônica, pelos três níveis de entes federativos, em relação aos resíduos sólidos. As disposições versam sobre os princípios, os objetivos, os instrumentos e as diretrizes relativas à gestão integrada e ao gerenciamento de resíduos sólidos; bem como tratam dos resíduos perigosos e da responsabilidade civil e penal tanto dos geradores de resíduos quanto do poder público correlato, incluindo instrumentos econômicos aplicáveis à gestão dos resíduos. Apenas os rejeitos radioativos foram excluídos da normatização, uma vez que são regulados por legislação específica.

A Lei 12.305/2010 (PNRS) reflete o atual momento de expansão da consciência coletiva com relação ao meio ambiente, induzindo a um novo posicionamento dos três níveis de governo, da sociedade civil e da iniciativa privada em face da questão dos resíduos sólidos. A ideia que permeia toda a lei é no sentido de que a política de gerenciamento de resíduos deve envolver, obrigatoriamente, todas as pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, responsáveis, direta ou indiretamente, pela geração de resíduos sólidos, assim como todos aqueles que desenvolvam ações relacionadas à gestão integrada ou ao gerenciamento de

resíduos sólidos.

Embora a lei cometa aos três entes e às empresas geradores de resíduos a confecção de planos (artigos 15 e ss da Lei 12.305/2010), dentro de suas respectivas competências, sem dúvida os atores centrais do sistema são os municípios e o Distrito Federal, a quem a lei, expressamente, atribui a obrigação de promover a gestão integrada dos resíduos sólidos gerados em seus respectivos territórios (art. 10 a PNRS).

O artigo 54 da Lei da PNRS estipula o prazo de quatro anos, a contar de sua publicação, isto é, até 02 de agosto de 2014, para que os municípios e o Distrito Federal cumpram uma condição, cuja existência é o ponto central do sistema de gerenciamento dos resíduos – a construção de aterros sanitários e o consequente fechamento de todos os lixões a céu aberto existentes no Brasil.

Por conseguinte, até a data assinalada, todos os rejeitos devem ser depositados em aterros controlados ou aterros sanitários, os quais devem ser construídos mediante o preparo do solo para evitar a contaminação dos lençóis freáticos, devem estar aptos a captar o chorume que resulta da degradação do lixo e, ainda, contar com a queima do metano para gerar energia. Somente os rejeitos (parte do lixo que não tem possibilidade de ser reciclado ou reusado) poderão ser encaminhados aos aterros sanitários. O rejeito orgânico deve, mediante a técnica da compostagens, ser reaproveitado e transformado em adubo. Os demais devem ser reciclados ou reusados. Para tanto, é necessário que sejam devidamente separados mediante o sistema de coleta seletiva.

2. A Proposta de uma Nova Identidade na Atuação Ministerial em Defesa do Meio Ambiente: a Responsabilização penal do Gestor Municipal pela Omissão no Cumprimento do Preconizado pelo Artigo 54 da Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos.

Embora a Lei da PNRS mencione que a exigência de confecção dos planos federal, estaduais e municipais dentro do prazo de até dois anos da data de sua edição seja apenas um pré-requisito para acessar os recursos federais (art. 55 da Lei 12.305/2010) é óbvio que, para o êxito da gestão dos resíduos, isto é, para que o descarte na forma prevista em lei se torne realidade, os municípios e o Distrito Federal devem estar com seus planos de resíduos sólidos devidamente confeccionados, assim como a coleta seletiva dos resíduos deve estar implantada.

Impende registrar que, dados levantados pelo Panorama dos Resíduos Sólidos no Brasil 2012, publicação anual da Associação Brasileira de Empresas de Limpeza Pública e Resíduos Especiais (Abrelpe), informam que a geração de resíduo cresceu 1,3%, de 2011 para 2012. Esse crescimento é maior que a taxa de 0,9% de crescimento da população, sendo que o total de lixo gerado no Brasil, em 2012, chegou a 62.730.096 toneladas, uma média de 383,2 quilos por pessoa. Todos os dias, segundo a publicação, são coletados 178 toneladas de lixo, 1,25 quilo por habitante. Desse total, 58% tem destinação adequada, que são os aterros sanitários; 24,2% vão para aterros controlados e 17,8% ainda vão para os lixões.

Considerando a importância para a coletividade e a natureza difusa do bem ambiental

envolvidos na questão da implementação da PNRS, bem como a existência de obrigações diretamente cometidas em lei aos entes municipais, e, ainda, considerando o levantamento realizado pela Abrelpe acerca da persistência de lixões a céu aberto sem nenhum tratamento, fato que atinge, diretamente, o direito fundamental à sadia qualidade de vida e a saúde da população, surge para o Ministério Público o dever legal de atuar com vistas a exigir dos prefeitos, o cumprimento dos prazos previstos na PNRS.

A responsabilidade civil objetiva dos geradores e do poder público pela efetividade das ações voltadas para assegurar a observância da política nacional de resíduos sólidos está prevista, expressamente, no artigo 51 da Lei 12.305/2010. No entanto, vencido o prazo de quatro anos previsto no artigo 54 da PNRS, a atuação do Ministério Público não deve se circunscrever ao âmbito civil, com as assinaturas de TAC'S (termos de ajustamento de conduta) e/ou proposições de ACP's (ações civis públicas) contra os municípios e seus respectivos gestores que não cumpriram o *mandamus* legal, visando obrigá-los a implementar os aterros sanitários e a coleta seletiva dos resíduos. É necessário, legal e importante que seja impetrada a correspondente ação penal pelo descumprimento de obrigação legal ambientalmente relevante.

A relevância do objeto, traduzida concretamente pelos indicadores acima citados, faz surgir a necessidade de tutela penal. E o Direito Penal, dotado de um conteúdo valorativo, dinâmico e aberto às mudanças sociais e ao avanço científico, não pode deixar de oferecer a sua contribuição para essa missão nobre, justificando-se a sua intervenção, não somente, pela gravidade da problemática ambiental e pela sua universalidade, mas também porque o direito ao meio ambiente, na sua moderna concepção, insere-se dentre os direitos fundamentais do ser humano, os quais incumbem, tradicionalmente, ao Direito Penal defender.

O legislador constitucional brasileiro erigiu, pois, expressamente, o meio ambiente, como bem jurídico penal, ao dispor no artigo 225, § 3º da Lei Fundamental que "*As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados*".

Salomão SHECAIRA (2010, p. 15), ao analisar os efeitos das transformações sociais no Direito Penal, também reconhece o interesse da proteção dos interesses difusos e coletivos:

Quer-se sublinhar que os fenômenos sociais produzem no âmbito jurídico uma relação dialética e interativa: a lei como resultado social, mas também como produtora de modificações. O homem, em seu espírito associativo, e pela utilização das tecnologias, pode, pela primeira vez na história da humanidade, pôr em perigo a própria escala humana, destruir a si próprio e se destruir enquanto espécie. Não é por outra razão que o direito deve dar uma resposta a estas situações, permitindo modificações em alguns de seus dogmas tradicionais. É o direito (e também o direito penal) fruto dessa situação. O interesse de proteção de direitos difusos e coletivos, e principalmente, as alterações surgidas no âmbito dos crimes ambientais que conformam essa nova realidade do direito penal, que excepciona determinadas regras, garantem uma certa efetividade do próprio sistema punitivo.

Gilberto Passos de FREITAS (1993, p. 310), no mesmo sentido, diz: "o direito penal, como é sabido, não pode se manter afastado da realidade social. Deve receber os valores que a consciência social do momento façam por merecer a sua tutela".

Conferindo importância ao direito penal para a proteção ambiental, em obra conjunta com Vladimir Passos de FREITAS, o mesmo autor assinala que as sanções administrativas e civis

têm se revelado insuficientes para inibir a ação nociva dos predadores, em especial porque a administração dos órgãos ambientais sofre as deficiências normais ao serviço público. As indenizações muitas vezes compensam o dano causado, no raciocínio econômico do custo/benefício. É por isso que em todos os países atualmente se apela, em caráter extremo, para o Direito Penal. (FREITAS e FREITAS, 2006)

Sobre a responsabilização penal em matéria ambiental, SIRVINSKAS (2011) registra que a maioria dos países da Europa pune não só a pessoa física, mas também a jurídica que lesa o meio ambiente, na esfera administrativa, civil e também penal.

Para esse autor, no Brasil, nas esferas administrativa e civil, a proteção ao meio ambiente não tem sido eficaz. Na esfera administrativa, das multas aplicadas pelo IBAMA, o percentual de efetivo recolhimento aos cofres públicos é irrisório. Na esfera civil, nem todas as ações civis públicas têm sido coroadas de êxito, especialmente pela demora no seu trâmite. Por isso, ele conclui pela necessidade de tutela penal, tendo-se em vista seu efeito intimidativo e educativo e não só repressivo, como uma prevenção geral e especial. Ele ressalta que alguns países inseriram tipos penais ambientais no Código Penal e outros por legislação ordinária.

Em síntese, a tutela penal se mostra necessária como **resposta social**, uma vez que, lesado o bem ambiental, lesada está toda uma coletividade. Como **instrumento de pressão**, pois as sanções impostas pelo direito penal impõem uma consequência mais gravosa, já que pode mexer, até mesmo, com a liberdade individual, e também **estigmatizante**, haja vista que a pena causa gravame à imagem e à honra, causando intimidação não trazida nem pela sanção administrativa nem tampouco pela condenação à reparação de danos.

Neste diapasão indeclinável a atuação ministerial na seara criminal. Até mesmo, porque, registre-se que, o mesmo artigo citado da PNRS menciona, expressamente, a criminalização da conduta omissiva de quem tem o dever legal de adotar as medidas tendentes a realizar os ditames da lei ambiental. Assim, a atuação na área criminal, sem prejuízo das ações civis pertinentes, é medida prevista em lei que fortalecerá, indubitavelmente, o cumprimento da PNRS, pois os prefeitos condenados poderão ficar inelegíveis.

Para melhor clareza, é válido transcrever o artigo 51 da Lei 12.305/2010:

Art. 51. Sem prejuízo da obrigação de, independentemente da existência de culpa, reparar os danos causados, a ação ou omissão das pessoas físicas ou jurídicas que importe inobservância aos preceitos desta Lei ou de seu regulamento sujeita os infratores às sanções previstas em lei, em especial às fixadas na [Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998](#), que “dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências”, e em seu regulamento.

Tal artigo deve ser combinado com o 54 da PNRS, que prevê o prazo de até 4 (quatro) anos, após a data de sua publicação, para que a disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos esteja implantada.

Art. 54. A disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos, observado o disposto no § 1º do art. 9º, deverá ser implantada em até 4 (quatro) anos após a data de publicação desta Lei.

O tipo penal que, combinado com os artigos acima indicados da PNRS, fundamenta a ação penal contra os gestores que deixaram de adotar condutas necessárias para a concreção da

gestão dos resíduos está inserto no art. 68 da Lei 9.605/98.

Art. 68. Deixar, aquele que tiver o dever legal ou contratual de fazê-lo, de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental:

Pena - detenção, de um a três anos, e multa.

Ora, tal delito é classificado como de mera atividade, comissivo por omissão, bem como de perigo. Diante da ausência de atuação dos prefeitos no sentido de cumprir a Lei da PNRS, criminaliza-se a conduta comissiva por omissão.

Consoante bem explicitado no Manual Penal Ambiental, publicado pelo Ministério Público do Estado da Bahia, fls. 249/250, não se trata de crime próprio, pois o sujeito ativo de tal delito é todo aquele que deve agir na defesa do meio ambiente, e não apenas servidores ambientais. Assim, podem os alcaides ser responsabilizados com fundamento nesse tipo penal.

A conduta punível prevista no art. 68 da Lei de Crimes Ambientais é aquela que viola o dever estabelecido por lei ou por contrato. Essa referência legal é importante, porque há diversos deveres concernentes à proteção de relevantes interesses ambientais que são impostos na esfera administrativa, pelos órgãos públicos ambientais. Assim, somente a conduta determinada em lei pode ser punível a título de crime.

A primeira parte da norma configura um tipo penal em branco. Sabidamente, as normas penais compõem-se do preceito primário, no qual é descrita a conduta típica e do preceito secundário, qual seja, a respectiva sanção cominada quando o agente pratica a conduta típica descrita. Entretanto, algumas normas, para que possam ser aplicadas, necessitam de complementação de outra disposição normativa, a estas chamam os doutrinadores de *norma penal em branco*. São normas de conteúdo incompleto, vago, que não pode prescindir de outros dispositivos legais para que possam ser aplicadas ao caso concreto.

Mister se ressaltar que, tal complementação não ofende o Princípio da Reserva Legal- *nullum crimen, nulla poena sine lege*- não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, pois sempre haverá uma lei anterior, embora complementada por outro dispositivo legal, que pode ser até mesmo extrapenal, podendo ser feita de três maneiras: a) por disposição prevista na mesma lei; b) por disposição contida em outra lei e c) por disposição emanada de outro poder, ou seja, de um ato administrativo.

Diante da complexidade do meio ambiente, ou seja, por este ser constituído de vários elementos, por sofrer as mais variadas formas de lesão e da impossibilidade de proteção integral, há necessidade de descrever os tipos penais por meio de normas penais em branco.

Por conseguinte, ao propor a ação penal, cumpre ao Ministério Público a indicação da existência da norma complementar (contratual ou legal) que preveja uma obrigação ambiental relevante. Ora, no caso, a norma legal que completa o tipo é justamente o artigo 54 da PNRS, retro transcrito.

Alguns autores como Luiz Régis Prado, Gilberto e Vladimir Passos de Freitas e Sidney Bittencourt entre outros, em obras já citadas, sustentam que essa técnica é justificável para as normas ambientais pelas conotações especiais que a proteção do meio ambiente apresenta, em virtude do seu caráter complexo, técnico e multidisciplinar, assim como pela sua estreita ligação com as normas administrativas, facilitando-lhes a aplicação. Saliente-se, apenas, que a regulamentação administrativa deva ser clara.

Por todo o exposto, percebe-se que não se trata de crime de mera desobediência, este sim contrário ao princípio do estado democrático de Direito, pois o que deve importar é a proteção

ao bem jurídico meio ambiente, acrescentando-se um algo mais, ou seja, a lesão provocada (dano ou perigo) dever ser punida, até porque o agente a provoca depois de avisado pela Administração ou pelo Legislativo, para não adotar determinado comportamento.

A segunda exigência da norma de crime ambiental sob análise, quando se tem a característica de tipo aberto, consiste em verificar a relevância do interesse ambiental determinado pela norma que complementou o tipo. Em se tratando de crimes cometidos contra o meio ambiente nem sempre é possível uma descrição direta e objetiva, pois não existe aqui a simplicidade que existe nos delitos comuns, mesmo porque os fenômenos regulamentados possuem um caráter extremamente dinâmico, veja-se o crime de poluição, cujas formas são múltiplas e se modificam constantemente, o que torna indispensável o uso de tipos penais abertos e normas penais em branco.

Assim, vencida a primeira fase (referente à existência da norma ambiental que complementa o tipo do artigo 68 da LCA, é necessário realizar um juízo valorativo, para concluir se o dever imposto diz respeito, ou não, a relevante interesse ambiental.

Por mais que se reconheça a importância do Princípio da Reserva Legal de que a norma dever descrever por completo as características do fato, como forma de garantir clareza na imputação e segurança jurídica, não se pode deixar de considerar que a linguagem ideal é algo irrealizável, até mesmo porque a ambiguidade existente no Direito Positivo, e a linguagem limitada servem para expressar valores permanentemente mutáveis.

PERELMAN (1996) enfatiza que as noções confusas do direito desempenham uma função importante, na medida em que funcionam como válvulas de escape para a interação entre o direito e a realidade social, constituindo instrumentos de prevenção contra decisões ditas desarrazoadas ou inaceitáveis.

Em relação à relevância do dever de implementar os aterros sanitários e dar a destinação ambientalmente adequada aos resíduos, cometido às municipalidades, é suficiente lembrar que, consoante dito no introito desta tese, as providências previstas na lei da PNRS objetivam a proteção da saúde pública e da qualidade ambiental, que são direitos fundamentais constitucionalmente garantidos (CF, art. 225), sendo certo que a gestão dos resíduos, com a redução da geração, a reutilização, a reciclagem e o tratamento, bem como a disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos, com estímulo à adoção de padrões sustentáveis de produção e consumo de bens e serviços, além de outras ações previstas na PNRS, são condições para o cumprimento do princípio da responsabilidade intergeracional e de outros princípios de direito ambiental, como a prevenção e a precaução. Afinal, tratando-se da questão ambiental, vale à máxima: “mais vale prevenir do que remediar”, até mesmo porque os remédios preventivos são sempre mais baratos e eficazes do que os curativos.

O trecho abaixo da Declaração sobre o Ambiente Humano realizada na Conferência das Nações Unidas em Estocolmo, Suécia, em junho de 1972, bem evidencia a relevância da obrigação:

O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas, em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna, gozar de bem-estar e é portador solene de obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras (...). Os recursos naturais da terra, incluídos o ar, a água, o solo, a flora e a fauna e, especialmente, parcelas representativas dos ecossistemas naturais, devem ser preservados em

benefício das gerações atuais e futuras, mediante um cuidadoso planejamento ou administração.

E para arrematar, no sentido da insuficiência das sanções administrativas e civis para coibir ilícitos contra o meio ambiente, cito as ponderações do Desembargador do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, José Luis Germano da Silva, no julgamento do Mandado de Segurança 2002.04.01.013843-0/PR, que permanecem atuais:

Não é incomum ouvir-se a afirmação de alguns no sentido de que bastariam as sanções administrativas para coibir os atos ilícitos societários. **Não parece razoável a tese. Em primeiro lugar, especialmente nos países de terceiro mundo, onde a administração é mais sensível à improbidade e os seus órgãos julgadores são despreparados, não é eficaz como resposta do sistema subtrair do Direito Penal a regulação, submetendo-se a perseguição ao Judiciário, que tem mais autonomia e independência para investigar e punir. Se a carga de negatividade social do crime empresarial justifica a presença do Direito Penal como ultima ratio, não há por que omitir-se na regulação.** No Brasil, acresce a esses argumentos o fato de que a investigação criminosa pertence ao Ministério Público, que tem cumprido à risca sua função constitucional. Manter a controvérsia no âmbito regulador estrito da administração seria afastar o parquet da teia armada pelas empresas para realizar seus fins delituosos.” (grifos postos).

3. Conclusão

Com fundamento no artigo 68 da Lei 9.605/98 (Lei de Crimes Ambientais), que se combina com os artigos 51 e 54 da Lei 12.305/2010 (PNRS) sustenta-se que, em defesa da implementação do gerenciamento dos resíduos pelas municipalidades, deve o Ministério Público denunciar, pela prática de crime ambiental, os prefeitos que estavam à frente do executivo municipal desde o ano da publicação da Lei da PNRS (2010), até o fim de seus mandatos (2012), bem como os que assumiram a titularidade no ano seguinte (2013), que não adotaram nenhuma medida tendente a concretizar a gestão dos resíduos sólidos, com a necessária construção de aterros sanitários, confecção de planos e implementação da coleta seletiva, consoante estabelece a Lei da Política Nacional Resíduos Sólidos, sem prejuízo que sofram as demais medidas extrajudiciais e judiciais cabíveis na seara administrativa e civil.

4. Referências

- BITTENCOURT, Sidney. Comentários à nova Lei de Crimes contra o Meio Ambiente e suas sanções administrativas. Belo Horizonte: Forum. 2011.
- COMPARATO, Fábio Konder. Novas funções judiciais do Estado Moderno. RT, São Paulo, 614/14-22, 1986.
- ERENBERG, Jean Jacques. Padrões de produção e consumo e geração de resíduos sólidos no início do novo milênio. *Revista de Direitos Difusos*. São Paulo: Editora Revista de Direitos Difusos, em parceria com ADCOAS – Editora Esplanada Ltda., ano II, vol. 13, julho 2002.
- FREITAS, Gilberto Passos. A tutela penal do meio ambiente. In: Dano ambiental, prevenção e reparação e repressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- FREITAS, Vladimir Passos de./ FREITAS, Gilberto Passos de. Crimes contra a natureza (de

acordo com a Lei 9.605/98)- 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A problemática dos interesses difusos. In: A tutela dos interesses difusos. São Paulo: Max Lionad, 1984.

PERELMAN, Chaim. Ética e Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SHECARIA, Sérgio Salomão. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. São Paulo: Ed Campos. 3ª. Ed. 2010.

SIRVINSKAS. Luis Paulo, "Tutela Penal do Meio Ambiente. São Paulo: Saraiva, 4ª Ed, 2011.

REFERENCIA LEGISLATIVA

Declaração sobre o Ambiente Humano realizada na Conferência das Nações Unidas em Estocolmo, Suécia, em junho de 1972

REFERENCIA JURISPRUDENCIAL

Tribunal Regional Federal da 4ª Região, José Luis Germano da Silva, no julgamento do Mandado de Segurança 2002.04.01.013843-0/PR,

O Terceiro não Candidato e a Aplicação das Sanções pela Captação Ilícita de Sufrágio

Patrícia Paula dos Santos¹

1. A Captação Ilícita de Sufrágio

A Lei nº 9.840, de 28 de setembro de 1999, acrescentou o artigo 41 –A à Lei nº 9.504/97, que criou um novo ilícito eleitoral, denominado captação ilícita de sufrágio. Assim, trouxe o crédito do clamor da sociedade brasileira, consistindo na primeira lei de iniciativa popular, sendo uma conquista do povo na luta pela efetivação da democracia e um combate à corrupção eleitoral.²

O artigo visa coibir a nefasta compra de voto, aduz que constitui captação ilícita de sufrágio, vedada por Lei, o candidato doar, oferecer, prometer, ou entregar, ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto, bem ou vantagem de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública, desde o registro da candidatura até o dia da eleição, inclusive, sob pena de multa de mil a cinquenta mil Ufir, e cassação do registro ou do diploma.

Nesse contexto, para caracterização da captação ilícita de sufrágio três elementos são indispensáveis: a) a prática de uma ação (doar, oferecer, prometer ou entregar); b) a exigência de uma pessoa física (determinada ou determinável) e c) o resultado a que se propõe o agente.³

A esse propósito, Marino Pazzaglini Filho⁴, conceitua a captação ilícita de sufrágio como aliciamento espúrio de eleitores mediante a compra, direta ou dissimulada, de seus votos.

Não é preciso que o candidato seja flagrado no momento da conduta, basta que as provas carreadas aos autos demonstrem que ele praticou ou anuiu para que terceiro realizasse a ação em seu nome. Neste sentido, resta consagrada a possibilidade de caracterização da captação ilícita de sufrágio quando ocorrer comprovação da participação direta ou indireta ou, a mera anuência, do candidato no ato da prática da conduta por terceiro.

A esse propósito, faz-se mister transcrever o entendimento jurisprudencial⁵, cujo teor segue:

RECURSO ELEITORAL. INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. COMPRA DE VOTOS. INTERPOSTA PESSOA. ANUÊNCIA IMPLÍCITA DO CANDIDATO. ILÍCITO CARACTERIZADO. CONHECIMENTO E IMPROVIMENTO. - É pacífico na jurisprudência que o ilícito também se configura com a **ação de interposta pessoa em prol da candidatura do beneficiário desde que haja anuência, ainda que implícita, deste último.**

Outrossim, não se exige que o bem ou vantagem seja efetivamente entregue ao eleitor, de modo que a mera promessa ou oferecimento configura a captação ilícita de sufrágio, o objetivo da norma é proteger a vontade do eleitor.

Os candidatos, registrados no cartório eleitoral, devem conquistar o eleitor por meio de

propaganda eleitoral, comícios, debates no meio de comunicação social, exposição de ideias e ideologias. O convencimento do eleitor é o objetivo do processo eleitoral.

Certo é que a captação ilícita de sufrágio gera um desequilíbrio na disputa eleitoral entre os candidatos que atuam conforme prescreve a Lei e os que tentam utilizar de doações, ofertas, entregas e promessas para conquistar a simpatia do eleitorado. Assim, é repellido pelo ordenamento jurídico pátrio o abuso do poder político, econômico, o uso indevido do meio de comunicação social e outras condutas que a legislação aduz ser ilícita e para inibi-las impõe a pena de cassação de registro ou diploma, multa e inelegibilidade.

Para a configuração da conduta prevista no artigo 41 – A da Lei nº 9.504/97 não há necessidade de que o eleitor obtenha de fato vantagem pessoal ou algum bem do candidato. À incidência da norma basta que a promessa ou o oferecimento de vantagem de qualquer natureza. Logo, o simples fato do candidato ou terceiro por ele aliciar o eleitor com o fim de obter-lhe o voto é suficiente para aplicação das penalidades cominadas em Lei.

Destaca-se que o fato do candidato não conseguir conspirar a vontade do eleitor pouco importa, uma vez que a norma pune o mero fato de prometer.

O Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Paraná⁶ tem entendimento de que para a configuração de captação ilícita de sufrágio a conduta do agente deve ser dirigida ao eleitor determinado ou determinável. Nesse ponto, o agente poderá aliciar um eleitor para que vote nele em troca de bens ou vantagem ou um grupo de eleitores em uma negociação personalizada em troca de voto. O importante é ter a conduta capacidade de corromper a vontade do eleitor para que deixe de votar em determinado candidato para que vote no agente.

Claro é que as promessas de campanha não se enquadram no dispositivo em apreço, exceto se restar claro que, mesmo que de forma genérica, condiciona a vontade de eleitor, como exemplo: a entrega de alimentos, de medicamentos, consulta médica, premiações, etc.

Evidencia-se que a lei veda a negociação ou a mercantilização do sufrágio, por meio de uma promessa individualizada ou difusa aos eleitores, que importe em vantagem ou proveito de cunho pessoal em que o agente receba em contrapartida o voto.

Citamos como exemplo de promessa, em discurso eleitoral, a eleitores determináveis, de construção de um posto de saúde em localidade de difícil acesso e que não há atendimento médico, sendo que durante o dia houve atendimento médico e distribuição de medicamento. Certo é que o fato do candidato prometer a construção de um posto de saúde, por si só, faz parte da campanha eleitoral. Todavia, dentro deste contexto fático não há dúvidas de que a promessa teria capacidade de influenciar na vontade do eleitor em votar no candidato em troca do benefício.

Logo, o que determinará se a conduta do agente teve a capacidade de influenciar na vontade do eleitor é o caso concreto.

Nesse diapasão, o Tribunal Superior Eleitoral⁷ tem entendido que para a caracterização do art. 41 – A da Lei das Eleições, não se faz indispensável a identificação do eleitor.

Além do mais, em alguns casos não há como individualizar os eleitores, mas são eles determináveis. Assim, entender de modo diverso haverá o esvaziamento da norma e dificultará o objetivo pelo qual foi criada, que é garantir a lisura das eleições e a liberdade de escolha dos eleitores.

Por fim, o agente ativo processual tem que demonstrar que a conduta do corruptor tinha como objetivo o fim de obter o voto do eleitor, mesmo que implícito. Exemplo: o agente que

distribuí cestas básicas em um veículo com adesivos de campanha. Haverá a conduta de captação ilícita de sufrágio, eis que o pedido de voto decorre do gesto filantrópico.

A corroborar o exposto acima, o Tribunal Superior Eleitoral⁸ tem decidido, vejamos:

Art. 41-A § 1º Para a caracterização da conduta ilícita, é desnecessário o pedido explícito de votos, bastando a evidência do dolo, consistente no especial fim de agir. Nesse sentido, o TSE Decidiu: CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO - CONFIGURAÇÃO - ARTIGO 41- A DA LEI Nº 9.504/97. Verificado um dos núcleos do artigo 41 - A da Lei nº 9.504/97 - doar, oferecer, prometer ou entregar ao eleitor bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza - no período crítico compreendido do registro da candidatura até o dia da eleição, inclusive, presume - se o objetivo de obter voto, sendo desnecessária a prova visando a demonstrar tal resultado. Presume - se o que normalmente ocorre, sendo excepcional a solidariedade no campo econômico, a filantropia.

É desnecessária prova de que a conduta realizada pelo corruptor teve capacidade de influenciar nas eleições, eis que a norma é de mera conduta, basta a prova da potencialidade lesiva. É prescindível, portanto, a prova do desequilíbrio do pleito eleitoral. Na hipótese vige o princípio da fragmentariedade⁹ aplicado ao direito penal moderno, ou seja, somente a conduta capaz de afetar a moralidade das eleições deverá ser punida. A esse se liga o princípio da intervenção mínima.

A esse propósito, não é necessária a aferição da potencialidade de o fato desequilibrar a disputa eleitoral, porquanto a proibição de captação de sufrágio visa resguardar a livre vontade do eleitor e não a normalidade e equilíbrio do pleito. ¹⁰

O Direito Eleitoral, ramo autônomo do Direito, com regras e princípios próprios que garantem sua atuação, revela-se como ciência imprescindível na luta pelo exercício da democracia.

Não obstante, hodiernamente ainda observamos diversas condutas, seja por parte de candidatos, seja por parte dos próprios eleitores, que maculam o Estado Democrático de Direito, tão almejado pela Carta Magna.

Na esfera eleitoral, a prática de captação ilícita é antiga, exigindo-se, para sua caracterização, a permanente vigilância e punição dos praticantes e, ainda, um processo de reeducação para extirpar a postura assistencialista dos candidatos e a conscientização política do eleitor de que seu voto não é objeto mercantil.

2. A Captação Ilícita de Sufrágio e a Sanção de Inelegibilidade

Certo é que há doutrina¹¹ e jurisprudência¹² no sentido de que não cabe a sanção de inelegibilidade para a conduta de captação ilícita de sufrágio, eis que a Constituição Federal, em seu artigo 14, § 9º, aduz que esta matéria somente poderá ser tratada por Lei Complementar. Contudo, a captação ilícita de sufrágio foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro por meio de Lei Ordinária. Logo, não poderia gerar a inelegibilidade.

Nesse diapasão, apesar do corruptor ter cassado o registro ou diploma ficava apto a concorrer à próxima eleição, o que gerava muita polêmica.

Porém, hodiernamente, com a entrada em vigor da Lei da Ficha Limpa todas as vezes que o candidato sofrer a punição da cassação do registro ou diploma, pela captação ilícita de

sufrágio tornar-se-á inelegível, consoante alínea J, inciso I, artigo 1º da Lei Complementar 64/1990, que preconiza: os que forem condenados, em decisão com transito em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, por corrupção eleitoral, por captação ilícita de sufrágio, por doação, captação ilícita ou gastos ilícitos de recursos de campanha ou por conduta vedada aos agentes públicos em campanhas eleitorais que impliquem cassação do registro ou do diploma pelo prazo de 8 (oito) anos a contar da eleição.

Dessa forma, ficou claro que o corruptor que for condenado na captação ilícita de sufrágio será inelegível para a próxima eleição.

Finalizou-se a celeuma no que tange a inelegibilidade do corruptor. Contudo, o agente, ainda, continuará a praticar conduta que será captação ilícita de sufrágio e abuso de poder econômico, de autoridade ou dos meios de comunicação, fato previsto no artigo 22, *caput*, da Lei Complementar n° 64/1990.

O procedimento para ação por captação ilícita de sufrágio é o previsto no artigo 22, da Lei Complementar n° 64/1990.

Com vista, a salvaguardar a vontade do eleitor, constata-se que poderá haver três hipóteses de conduta: a) o corruptor que responderá pela captação ilícita de sufrágio e b) o corruptor que responderá pela captação ilícita de sufrágio e abuso do poder econômico ou político, e c) o corruptor que irá responder pela captação ilícita de sufrágio e condutas vedadas aos agentes públicos em campanha.

Ressalta-se que com a entrada em vigor da Lei da Ficha Limpa todos os candidatos e terceiros que anuíram com a conduta passam a se tornar inelegível pelo prazo de oito anos.

3. Sujeito Ativo Processual da Captação Ilícita de Sufrágio.

É cediço que os sujeitos ativos da ação de captação ilícita de sufrágio são o candidato, partido político, coligação e o Ministério Público.

Nesse ponto, o Ministério Público¹³ assume papel relevante, eis que é o garantidor do regime democrático de direito, artigo 127, da Constituição Federal. Assim, na ordem jurídica eleitoral, os promotores de justiça e os procuradores atuaram como *custos legis* fiscalizando o andamento dos processos eleitorais e como parte ajuizando ações para garantir a lisura das eleições.

Nas eleições como os candidatos, partidos políticos e coligações têm interesses na disputa, geralmente, procuram não se indispor judicialmente entre eles, somente levando ao conhecimento do Judiciário questão de relevância para eles, até como forma de garantir que não serão acionados em ação eleitoral.

Assim, o Ministério Público tem a função constitucional de fazer com que as eleições ocorram com transparência, haja vista que por meio de sua ação ou fiscalização é possível afastar a corrupção eleitoral.

Nesse rumo, Marcos Ramayana¹⁴ ministra que os promotores eleitorais devem pautar seus atos e atitudes pela coerência, descrição, firmeza de caráter, independência e senso de oportunidade, que formam o arcabouço dos predicados inerentes ao exercício das atribuições eleitorais.

O Ministério Público Eleitoral atuante evita não somente que o corruptor e seus aliados venham a lograr êxito nas eleições, mas a improbidade administrativa, os crimes e a corrupção

em geral, uma vez que esses são frutos do mau uso dos recursos públicos praticados por políticos que não tem compromisso com a população.

Às vezes, o promotor eleitoral ou procurador terá, ainda, a missão de atuar contra o próprio eleitor que, por tantos anos presenciando os candidatos praticando captação ilícita de sufrágio sem qualquer punição, não percebe a gravidade da conduta, isto é, que os políticos são os geradores das mazelas que vive a nossa sociedade.

Por fim, tem o promotor eleitoral ou procurador a função de alterar essa realidade social, objetivando a construção de um verdadeiro Estado Democrático de Direitos, pois somente com a mudança de mentalidade haverá a construção de um país melhor.

4. O Terceiro não Candidato como Sujeito Passivo Processual da Captação Ilícita de Sufrágio

Poucos doutrinadores se aventuram em escrever a respeito do tema. Os que escrevem lecionam que o sujeito passivo processual¹⁵ seria o candidato, haja vista o artigo 41 – A, da Lei nº 9.504/97 dispor dessa forma, aplicando-se ao caso a interpretação literal da norma e a vedação de interpretação extensiva às normas que impõem sanção. Alguns tribunais, também, sinalizam pelo não cabimento do terceiro como sujeito passivo¹⁶.

Nessa esteira, o doutrinador Adriano da Costa¹⁷ preconiza que quem comete o ato ilícito é o candidato, e apenas ele. O terceiro não poderá praticar a captação ilícita de sufrágio, mesmo que doar, oferecer, prometer ou entregar ao eleitor bem ou vantagem, comete abuso de poder econômico ou corrupção, mas não a captação de sufrágio. Leciona que o candidato tem que ser flagrado praticando o ato ilícito. Não poderá ser acusado se outro realizar o ato ilícito. Para que a norma viesse de ter esse alcance, haveria de estar prescrevendo que o candidato ou alguém por ele captasse ilicitamente o sufrágio. Dado que não é possível emprestar interpretação elástica às normas que prescrevem sanções, apenas o candidato poderá realizar a conduta descrita no suporte fático da norma.

Não é difícil perceber que a interpretação reduz consideravelmente o sentido da norma. É bom lembrar que a captação ilícita de sufrágio foi criada por lei de iniciativa popular, em que o desejo era de que o eleitor não fosse corrompido pelo candidato e seus cabos eleitorais, haja vista que aquele, raramente, atua sozinho.

De fato é possível identificar os seguintes grupos de casos de atuações de terceiros não candidatos na prática de captação ilícita de sufrágio: a) a captação ilícita de sufrágio e o abuso do poder econômico ou político; b) a captação ilícita de sufrágio e as condutas vedadas aos agentes públicos em campanha e c) a captação ilícita de sufrágio não enquadráveis no artigo 22, *caput*, da Lei Complementar 64/90 e artigo 73, da Lei n. 504/97.

É sabido que o candidato, raras vezes, atua sozinho, geralmente pratica a captação ilícita de sufrágio utilizando-se de seus cabos eleitorais, conduta que, em tese, enquadra-se também no abuso do poder de autoridade ou econômico.

Logo, a conduta de doar, oferecer, prometer ou entregar ao eleitor é perfeitamente associável ao abuso do poder econômico ou de autoridade.

Nesse sentido, a jurisprudência¹⁸ entendeu que a utilização da estrutura de empresa de considerável porte para a realização de campanha eleitoral em favor de candidato, mediante a

convocação de 1000 (mil) funcionários para reuniões nas quais houve pedido de votos e disponibilização de material de propaganda, bem como a distribuição posterior de fichas de cadastros nas quais cada empregado deveria indicar ao menos dez pessoas, configura abuso do poder econômico, com potencial lesivo ao pleito eleitoral, configura a captação ilícita de sufrágio e o abuso do poder econômico.

Visível caso de captação ilícita de sufrágio e abuso do poder econômico¹⁹, quando os corruptores, candidato e terceiro, utilizam-se de valores patrimoniais para influenciar na vontade do eleitor. Destaca-se, nesse caso, o abuso do poder econômico da propriedade, da posse ou a disponibilidade de bens ou serviços.

É cabível a realização de captação ilícita de sufrágio e abuso do poder de autoridade ou político, quando a máquina administrativa serve-se ao interesse do candidato, já que desvirtua completamente a função pela qual o Estado foi criado e gera desequilíbrio no pleito. No Brasil, esse tipo de artimanha sempre foi utilizado pelos candidatos e terceiro não candidato. Nesse ponto, comprovado que o agente abusou de sua autoridade em doar, entregar, prometer ou oferecer bens ou serviço em prol de determinado candidato é possível a cumulação da captação ilícita de sufrágio e abuso do poder de autoridade.

José Jairo Gomes²⁰ aduz que o abuso do poder de autoridade possui interpretação elástica, que pode ser preenchida por fatos ou situações tão variadas quando as seguintes: uso, doação ou utilização de bens ou serviços, desvirtuamento de propaganda institucional, manipulação de programas sociais, contratação ilícita de pessoal, ameaça de demissão ou transferência de servidor.

O Tribunal Superior Eleitoral²¹ entendeu que se caracteriza o abuso do poder quando demonstrado que o ato administrativo, aparentemente regular e benéfico à população, teve como objetivo imediato o favorecimento de algum candidato.

Além disso, é cabível a aplicação cumulativa da corrupção eleitoral com as condutas vedadas aos agentes públicos em campanha, artigo 73, da Lei nº 9.504/97.

Destaca-se que o candidato à reeleição ou o prefeito do mesmo partido utiliza-se o poder de autoridade e do fato de ser agente político ou de agente público para angariar votos para o candidato. Não há dúvidas que geralmente doa, entrega, promete ou oferece bens ou serviços aproveitando da função pública que ocupa. Por isso, fácil a cumulação de pedidos, eis que as condutas previstas no artigo 41 – A Lei nº9504/97 têm correspondências ou semelhanças no artigo 73, da Lei nº9504/97.

É cediço que as condutas vedadas aos agentes públicos em campanha são aplicadas a estes e a todos que tiverem contribuído para o ato, agente público ou não, consoante preconiza §5º, artigo 73, da Lei nº9504/97.

Dessa forma, comprovado que o agente público ou candidato a reeleição doou, entregou, ofereceu ou prometeu bens ou serviços caberá a cumulação de pedido de captação ilícita de sufrágio e condutas vedadas aos agentes públicos em campanha. E, ainda, ação de improbidade administrativa.

Enfatize-se que o rol das condutas vedadas não é *numerus clausus*, ou seja, não havendo a previsão da conduta improba no rol do artigo 73, da Lei nº 9.504/97, caberá a aplicação da norma prevista no artigo 22, *caput*, da Lei Complementar 64/90, que é mais ampla.

Ressalta-se que, como promotora eleitoral, ofereci ação de investigação eleitoral contra candidato a reeleição e seus cabos eleitorais por contratar pessoas durante o período vedado,

com fundamento no artigo 41-A e 73, V, ambos da Lei das Eleições, ou seja, contratação sem concurso público, e o Tribunal entendeu ter ocorrido a conduta de captação ilícita de sufrágio por todos e condutas vedadas aos agentes públicos.

Nesse sentido, cabe transcrever o entendimento do Tribunal Regional do Estado do Acre²², vejamos:

RECURSO ELEITORAL – ELEIÇÕES 2012 – AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL CUMULAÇÃO COM REPRESENTAÇÃO POR CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO – PRELIMINAR DE NULIDADE DO PROCESSO POR JULGAMENTO EXTRA PETITA – NÃO ACOLHIMENTO – CONDENAÇÃO DA COLIGAÇÃO – LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO – NÃO ACATAMENTO – CONFIGURAÇÃO DE CONDUTA VEDADA E CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO MEDIANTE A CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES – DESNECESSIDADE DO PEDIDO EXPRESSO DE VOTOS – VIOLAÇÃO AO ART. 41 – A E AO ART. 73, V, DA LEI DAS ELEIÇÕES – RECURSO IMPROCEDENTE EM PARTE PARA JULGAR IMPROCEDENTE A REPRESENTAÇÃO EM FACE DA COLIGAÇÃO.

3. A contratação de servidores em período vedado praticado por candidato (agente público) e seus auxiliares configura captação ilícita de sufrágio prevista no art. 41 – A, bem como a conduta vedada prevista no art. 73, V, ambos da Lei 9.504/97. Práticas dos ilícitos corroboradas por prova documental e testemunhal coesa, detalhadas e prestadas sob o crivo do contraditório, em que se observou o especial fim de agir, bem como o desequilíbrio na disputa.

4. Precedentes do Tribunal Superior Eleitoral, no sentido de que não é preciso comprovar o efetivo desequilíbrio no pleito, bastando que a conduta irregular tenha a capacidade ou potencialidade de influenciar nas eleições. (...)

Contudo, ainda, entende-se ser possível a punição do terceiro não candidato quando comete captação ilícita de sufrágio, sem que o fato se enquadre na conduta vedada ao agente público em campanha ou abuso do poder econômico ou de autoridade.

Nessa esteira, o doutrinador Rodrigo López Zilio²³ lesiona ser possível a aplicação da captação ilícita de sufrágio ao terceiro: a) pelo fato das normas sancionadoras serem dirigidas a todos indistintamente; b) o fato é objetivamente ilícito; c) o Tribunal Superior Eleitoral diz ser punível a mera participação do candidato ou anuência dele – entendendo que a corrupção pode ser praticada por terceiro em nome do candidato; d) reconhecendo-se o fato do artigo 299 do Código Eleitoral permitir a punição do candidato e do terceiro; e) no artigo 41 – A, da Lei nº 9.504/97 não existe nenhum elemento que exija, para sua configuração, a caracterização de sujeito passivo qualificado; f) a ausência de punição ao não candidato implica a ofensa ao bem jurídico tutelado que é a vontade do eleitor; g) a existência da sanção adequada para o terceiro não candidato que é a pena de multa; h) o princípio da responsabilidade solidária do artigo 241, do Código Eleitoral, que pune os candidatos e aqueles que praticam propaganda irregular da mesma forma.

Por outro lado, há jurisprudência²⁴ que também entende ser cabível a punição do terceiro não candidato, cujo teor segue:

Não obstante o artigo 41-A da Lei n. 9.504/97 faça referência apenas ao candidato como sujeito ativo da conduta vedada, deve-se entender que, numa interpretação

sistemática, o terceiro não candidato que praticou a odiosa prática de captação ilícita de sufrágio deve, sim, sofrer os efeitos desta norma. Ressalte-se que, ao se admitir a participação indireta do candidato na prática da captação ilícita de sufrágio, admite-se implicitamente que o ilícito possa ser praticado por outra pessoa. Desta forma, se o candidato que participou indiretamente será punido, seguramente, o terceiro, não candidato, que praticou diretamente o ato, também deverá ser rigorosamente penalizado, nos termos do diploma legal supramencionado.

Nota-se que o artigo 41-A, da Lei nº 9.605/97 dispõe que o candidato comete captação ilícita de sufrágio, quando doar, entregar, prometer ou oferecer bens a eleitores. Todavia, o Tribunal Superior Eleitoral interpretando esse dispositivo disse que é cabível punição ao candidato quando ele pratica, participa ou anui com a conduta de terceiro. Ora, se há entendimento de que terceiro pode praticar a conduta não há porque entender não ser ele punível por mera interpretação literal.

Não devemos esquecer de que já algum tempo o povo, titular do poder, quer punir os candidatos e quem com eles atuam na corrupção eleitoral. Assim, por meio do poder constituído derivado, acrescentou ao §9º, do artigo 14, da Constituição Federal o dever da probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

Nesse contexto, parece que a norma constitucional dotada de eficácia prevê a moralidade que deve ter o candidato e seus cabos eleitorais nas eleições. Além disso, pelo princípio da igualdade, cláusula pétrea, não há porque tratar desiguais pessoas que cometem juntas conduta ilícita, sendo ambas, a meu ver, corruptos e merecedores de punição.

A captação ilícita de sufrágio é uma norma proibitiva e sancionatória, mas não há porque ser ela direcionada somente ao candidato. Certo é que dele devemos cobrar com mais rigor, mas, assim, é feito para lei, haja vista que a ele será imposta a pena de cassação de registro ou diploma, multa e inelegibilidade e ao terceiro multa e inelegibilidade.

Ademais, a Lei da Ficha Limpa alínea j, inciso I, artigo 1º da Lei Complementar 64/1990, aduz que os que forem condenados, em decisão com trânsito em julgado ou órgão colegiado da Justiça Eleitoral, por captação ilícita de sufrágio serão inelegíveis por oito anos.

Nesse ponto, fazendo interpretação sistemática da Lei das Eleições e da Lei da Ficha Lima, que é lei complementar e posterior, podemos dizer que o terceiro não candidato poderá responder por captação ilícita de sufrágio.

Igualmente, verifica-se que a captação ilícita de sufrágio se assemelha ao crime previsto no artigo 299, do Código Eleitoral e são punições autônomas, mas que podem ser aplicadas aos agentes simultaneamente.

Além do mais, o bem protegido pelo direito penal e eleitoral é o mesmo, qual seja: a vontade do eleitor, forçoso manter a punição do terceiro para manter a lógica do sistema, porquanto, se a conduta de corrupção foi suficiente para entender que é ilícito penal, com muito mais razão entendê-la como ilícito eleitoral, aplicação ao caso do princípio da subsidiariedade do direito penal.

Enfatize-se que a mobilização social, para a criação da captação ilícita de sufrágio, foi gerada pelo grande número de casos de crime de corrupção eleitoral, tendo em vista a

frequência de sua incidência. Certo é que no tip penal é penalizado o candidato e o terceiro.

É cediço que há entendimento que a norma dispõe que é o candidato que pode cometer a conduta ilícita. Caso contrário, há interpretação extensiva de normas punitivas. Correto dizer que se trata de norma punitiva e sancionadora, eis que descreve conduta e impõe sanção. Todavia, devemos analisar as normas não de forma isolada, mas como parte do Ordenamento Jurídico.

Cabe frisar que a doutrina ao interpretar o crime de infanticídio, [25](#) crime próprio, entende que somente a mãe pode praticar como autora a conduta descrita no tipo, mas admite-se o concurso de pessoas como coautoria e participação. É defensável a aplicação da captação ilícita de sufrágio ao terceiro não candidato, entendo pela comunicabilidade de elementares, prevista no artigo 30, do Código Penal, pois se é possível esse tipo de interpretação no direito criminal e razoável aplica-la no direito eleitoral.

Assim, é possível a aplicação da captação ilícita de sufrágio ao terceiro, independente de acumulação com a conduta vedada aos agentes público em campanha ou abuso do poder econômico ou de autoridade.

Conclusão

É admissível, para a punição do terceiro não candidato, a cumulação de pedidos entre a captação ilícita de sufrágio e as condutas vedadas as agentes públicos em campanha ou, ainda, a captação ilícita de sufrágio com o abuso do poder econômico e de autoridade, uma vez que, geralmente, os candidatos nunca atuam sozinhos, mas, sim, utilizando-se do fato de eles ou terceiros serem agentes públicos, ter autoridade ou poder econômico.

Além disso, aplicando-se a interpretação sistemática é possível concluir que o terceiro também pode ser incluído na ação por captação ilícita de sufrágio porque: a) o Tribunal Superior Eleitoral admite que o fato ilícito seja praticado por outrem; b) a norma do artigo 299, do Código Eleitoral protege o mesmo bem jurídico tutelado e há punição de ambos; c) há sanção adequada para o terceiro não candidato que é a multa; d) a doutrina entende ser punível em crime próprio o terceiro na condição de coautoria e participação; e) o ordenamento jurídico deve ser interpretado sistematicamente; f) a aplicação do princípio da igualdade g) a Constituição Federal instituiu o princípio da moralidade nas eleições.

Bibliografia

- COSTA, Adriano Soares. Instituições de Direito Eleitoral, 5º ed. Belo Horizonte. Del Rey, 2002.
- CUNHA, Rogério Sanches. Direito penal: parte especial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral. 7º ed. Ver. atual. e aplic. São Paulo: Atlas, 2011.
- PAZZAGLINI FILHO, Marino. Eleições gerais 2010. São Paulo: Atlas, 2010.
- RAMAYANA, Marcos. Direito eleitoral – 5ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.
- VELOSSO, Carlos Mário da Silva e AGRA, Walber de Moura. Elementos do Direito eleitoral, São Paulo: Saraiva, 2009.
- ZILIO, RODRIGO. Direito eleitoral: noções preliminares, elegibilidade e inelegibilidade. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

- [1](#) A autora é Promotora de Justiça no Estado do Acre, Especialista em Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos pela UNAMA.
- [2](#) ZILIO, Rodrigo López. Direito eleitoral: noções preliminares, elegibilidade e inelegibilidade, 2012. p. 490.
- [3](#) TSE. Recurso Especial Eleitoral nº 19.541/MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, em 18/12/2001.
- [4](#) PAZZAGLINI FILHO, Marino. Eleições gerais 2010, 2010. p. 133.
- [5](#) Recurso Contra Expedição de Diploma .671, Rel.: Min. EROS ROBERTO GRAU, Diário da Justiça Eletrônico, Tomo 59, Data 3/3/2009, Página 35/36.
- [6](#) ACÓRDÃO Nº 45715. RECURSO ELEITORAL N. 403-19.2012.6.16.0155. PROCEDÊNCIA: PIRAQUARA - PR (155ª ZE). RELATOR: DR. FERNANDO FERREIRA DE MORAES.
- [7](#) Recurso Especial Eleitoral nº25.215 – Rel. Caputo Bastos – j. 04.08.2005.
- [8](#) Respe nº 25.146, rel. designado Min. Marco Aurélio, de 07.03.2006.
- [9](#) RAMAYANA, Marcos. Direito Eleitoral, 2006. p. 338.
- [10](#) Acórdão nº 3.510 REspE nº 21.248 – SC.
- [11](#) RAMAYANA, Marcos. Direito Eleitoral, 2006. p. 337.
- [12](#) TR *TRE-CE, Recurso Eleitoral n.º 12.938, de 6.12.2004, Rel. Juiz Celso Albuquerque Macedo.*
- [13](#) VELOSSO. Carlos Mário da Silva. Elementos do Direito eleitoral, 2009. p. 33.
- [14](#) RAMAYANA, Marcos. Direito Eleitoral, 2006. p. 215.
- [15](#) RAMAYANA, Marcos. Direito Eleitoral, 2006. p. 534.
- [16](#) Ac. de 8.10.2009 no RO n.º 2.373, rel. Min. Arnaldo Versiani. (*TRE-CE, Representação n.º 701682, de 17.4.2012, Rel. Juiz João Luís Nogueira Matias*)
- [17](#) COSTA. Adriano Soares. Instituições de Direito Eleitoral, 2002. p.483/484.
- [18](#) 4377-64.2010.607.0000. RO - Recurso Ordinário nº 437764 - Brasília/DF. Acórdão de 17/11/2011. Relator(a) Min. MARCELO HENRIQUES RIBEIRO DE OLIVEIRA. Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Tomo 232, Data 09/12/2011, Página 34-35.
- [19](#) GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral, 2011. p. 217.
- [20](#) GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral, 2011. p. 218.
- [21](#) TSE – Respe nº 25.074/RS –DJ 28-10-2005.
- [22](#) Acórdão n. 3.127/2013
- [23](#) ZILLIO, Rodrigo López. Direito Eleitoral, p. 495/496.
- [24](#) José De Freitas/PI. Decisão Monocrática de 06/05/2010. Relator(a) Min. HAMILTON CARVALHIDO. Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 11/05/2010, Página 14/16.
- [25](#) CUNHA, Rogério Sanches. Direito penal: parte especial, 2008. p. 33.

Da Prioridade Constitucional do Procedimento Licitatório nas Aquisições de Imóveis pela Administração Pública em Detrimento da Desapropriação

Ronaldo Costa Braga*

1. Síntese Dogmática

A licitação é a regra geral para a compra de imóveis pela Administração Pública, conforme determina o artigo 37, inciso XXXI, da CF. Somente se admite a desapropriação para fins de utilidade/necessidade pública (não sancionatória) como exceção, nas seguintes hipóteses: **a)** quando apenas um imóvel em específico atende ao interesse público previsto na legislação que rege este instituto e **b)** quando o proprietário do imóvel **se negue, ao menos inicialmente, a vendê-lo** à Administração **ou** quando há impossibilidade legal de compra mediante licitação. A preferência pela licitação visa preservar o direito fundamental de propriedade e os princípios constitucionais da isonomia e impessoalidade, bem como obter a proposta mais vantajosa ao interesse público. Cabe aos órgãos de controle, principalmente ao Ministério Público, exercer a efetiva fiscalização sobre o uso correto da desapropriação, evitando o desvio de finalidade pela inobservância da preferência constitucional da licitação na compra de imóveis.

2. Introdução

Através do presente trabalho, busca-se demonstrar que a Constituição Federal determina que a regra para a compra de imóveis pela Administração Pública é a adoção do procedimento licitatório e que a desapropriação deve ser utilizada apenas como exceção.

Ressalta-se que não se pretende abordar neste artigo as hipóteses de desapropriação sancionatória, previstas nos artigos 182 e 184 da CF, por descumprimento da função social da propriedade urbana (artigo 8º. da Lei 10.257/01) ou rural (Lei Complementar 76/93), pois são vinculadas à ocorrência das hipóteses de penalização do proprietário pelo mau uso do imóvel.

3. Da Necessidade de Prévia Licitação como Regra Para Aquisição de Bens Imóveis pela Administração Pública

A regra para as aquisições de bens pelo poder público é mediante processo de licitação, conforme determina o artigo 37, inciso XXXI, da CF, *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:

(...)

*XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, **compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública** que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (grifado).*

Ou seja, a regra geral a ser observada pela Administração Pública para efetuar a compra de qualquer bem é a adoção do processo licitatório, no qual se assegure a igualdade de condições entre todos os concorrentes e a escolha da proposta mais vantajosa ao interesse público.

Não é diferente quando se trata da compra de imóveis, tanto que a Lei 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos) traz dispositivo expresso prevendo qual a modalidade de licitação de que deve ser observada para esse tipo de compra, qual seja, a **concorrência**:

Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

(...)

§ 3o A concorrência é a modalidade de licitação cabível, qualquer que seja o valor de seu objeto, tanto na compra ou alienação de bens imóveis, ressalvado o disposto no art. 19, como nas concessões de direito real de uso e nas licitações internacionais, admitindo-se neste último caso, observados os limites deste artigo, a tomada de preços, quando o órgão ou entidade dispuser de cadastro internacional de fornecedores ou o convite, quando não houver fornecedor do bem ou serviço no País. (grifado).

Assim, caso a Administração pretenda adquirir um imóvel indeterminado, para atendimento de alguma finalidade de interesse público, **havendo possibilidade de mais de um imóvel atender ao referido interesse**, deverá, **por ordem constitucional**, abrir licitação em que poderão concorrer os proprietários dos imóveis adequados.

Todavia, caso exista **impossibilidade de competição**, em razão da existência de apenas um imóvel cuja necessidade de instalação e localização condicionem a escolha e, estando o proprietário **de acordo** em vendê-lo, a Administração está autorizada a **dispensar a licitação**, conforme previsão do artigo 24, inciso X, da Lei 8.666/93:

Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

X - para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia; (grifado).

No procedimento de dispensa de licitação, previsto no artigo 26 da Lei 8.666/93, deverá a Administração **comprovar** que apenas um imóvel em específico atende ao interesse público, diante de particularidades relevantes que somente ele apresenta (como p. ex., localização, dimensão, área, etc.) e que inviabilizam a competição, justificando a dispensa do procedimento licitatório, o que deverá ser comunicado à autoridade superior na Administração e **publicado**

na imprensa oficial.

Essa publicação é essencial para a validade da dispensa, pois através dela se dará ciência a todos, possibilitando que alguém compareça e possa exigir a realização de procedimento licitatório, alegando que seu imóvel também preenche os requisitos exigidos pela Administração.

Ou seja, **a regra é que a aquisição de imóvel pelo Poder Público seja realizada por meio de licitação**, como ocorre com qualquer outra compra. A exceção ocorre quando apenas um determinado imóvel atende ao interesse público por suas particularidades, quando, então, após justificativa da Administração, **por meio do procedimento previsto no artigo 26 da Lei 8.666/93**, poderá ela dispensar a licitação e promover a compra direta, justificando o preço com o valor de mercado.

Nesse sentido ensina Marçal Justen Filho, apesar de entender que a hipótese seria de inexigibilidade e não dispensa de licitação, o que não desnatura a conclusão:

A ausência de licitação deriva da impossibilidade de o interesse sob tutela estatal ser satisfeito através de outro imóvel, que não aquele selecionado. As características do imóvel (tais como localização, dimensão, edificação, destinação, etc.) são relevantes, de modo que a Administração não tem outra escolha. Quando a Administração necessita de imóvel para destinação peculiar ou com localização determinada, não se torna possível a competição entre particulares. Ou a Administração localiza o imóvel que se presta a atender seus interesses ou não o encontra. Na primeira hipótese, cabe-lhe adquirir (ou locar) o imóvel localizado; na segunda, é impossível a locação ou aquisição. A aquisição ou locação de imóvel destinado a utilização específica ou em localização determinada acarreta inviabilidade de competição. Trata-se de hipótese de inexigibilidade de licitação e o caso sujeita-se ao disposto no art. 25.

Há hipótese em que dois (ou mais) imóveis atendem aos reclamos da Administração. Ainda que os imóveis sejam infungíveis entre si, surgirão como intercambiáveis tendo em vista a necessidade e o interesse da Administração Pública. Qualquer dos imóveis satisfará a exigência que justifica a aquisição pela Administração. **Nesses supostos, a questão muda de figura e a licitação se impõe.** Estarão presentes os pressupostos da competição.

Antes de promover a contratação direta, a Administração deverá comprovar a impossibilidade de satisfação do interesse sob tutela estatal por outra via e apurar a inexistência de outro imóvel apto a atendê-lo.

Deverá verificar-se a compatibilidade do preço exigido com aquele de mercado. A Administração não poderá pagar preço ou aluguel superior ao praticado para imóveis similares.

A contratação depende, portanto, da evidenciação de três requisitos, a saber: a) necessidade de imóvel para desempenho das atividades administrativas; b) adequação de um determinado imóvel para satisfação das necessidades estatais; c) compatibilidade do preço (ou aluguel) com os parâmetros de mercado.¹ (grifado).

Ainda, em alguns municípios, a aquisição de bens imóveis deve ser precedida de

autorização da Câmara Municipal, caso haja previsão na Lei Orgânica. Em síntese, os requisitos específicos para aquisição onerosa de imóvel foram enfocados por Hely Lopes Meirelles da seguinte forma:

*De um modo geral, toda aquisição onerosa de imóvel para o Município depende de lei autorizativa e de prévia avaliação, podendo dispensar concorrência se o bem escolhido for o único que convenha à Administração.*²

Conclui-se, assim, que a compra de bem imóvel pela Administração Pública, em regra, deve ser precedida de licitação e autorização por meio de Lei Municipal, quando houver tal previsão na Lei Orgânica. A compra direta somente é possível após prévio procedimento previsto no artigo 26 da Lei 8.666/93, que evidencie a hipótese de dispensa ou inexigibilidade de licitação.

4. Da Aquisição de Bens Imóveis Mediante Desapropriação

A desapropriação, de forma alguma, se trata da regra para compra de imóveis pela Administração Pública, pois a Constituição Federal e a Lei de Licitações são claras quando **determinam** a realização de licitação para compra de qualquer bem, incluindo aí os imóveis.

Os objetivos buscados com a licitação, embora também tenham por base a necessidade de aquisição do imóvel para atendimento ao interesse público, são diversos da desapropriação. O processo licitatório se preocupa em conseguir obter o negócio mais vantajoso para a Administração (melhor oferta, com o menor preço), bem como possibilitar aos particulares concorrerem em igualdade de condições para atingir esse objetivo. Com isso, esta forma de aquisição, além de primar pela proteção ao erário, efetivando o menor gasto para atendimento do interesse público, respeita os princípios constitucionais da isonomia e da impessoalidade. Além disso, se preocupa em proteger o direito fundamental de propriedade, sobretudo o direito de dispor da propriedade, pois pressupõe a liberdade de contratação com o Poder Público.

Por outro lado, a desapropriação **por necessidade, utilidade pública ou interesse social** tem apenas o objetivo de atender a essas finalidades, pagando-se o valor de mercado do bem. Não haverá a possibilidade disputa entre particulares. Ou seja, a Administração deverá pagar, previamente, o preço de mercado dos imóveis, sem que a concorrência possa fazer o seu papel de diminuir esse valor comercial. Há apenas uma possibilidade, qual seja, a compra forçada daquele imóvel específico, não havendo que se falar em proposta mais vantajosa, nem mesmo em preservação do direito do particular dispor de seu bem da forma que melhor lhe aprouver.

Portanto, como a licitação é a modalidade de aquisição de imóveis que permite conciliar o interesse público com a observância dos princípios constitucionais acima indicados, deve prevalecer em detrimento à desapropriação, na qual esses princípios são afastados (justificadamente) pela necessidade maior de atendimento ao interesse coletivo.

Assim, como já dito, a licitação é a regra para aquisição de imóveis pelo Poder Público, sendo que a opção pela desapropriação deve ser excepcional e justificada.

Propõe-se que a opção pela desapropriação somente seja adotada quando: **a)** comprovado que apenas um imóvel em específico atende ao interesse público previsto na legislação que rege os institutos (Decreto-lei 3.365/41 e Lei 4.132/62), diante de particularidades relevantes que somente ele apresenta (como p. ex., localização, área, etc.), inviabilizando a competição e

b) quando o proprietário do imóvel se negue, **ao menos inicialmente**, a vendê-lo **ou** quando há impossibilidade legal de compra mediante licitação.

Pois, caso contrário, toda a hipótese de dispensa ou inexigibilidade de licitação para compra de imóvel seria o caso de desapropriação o que, evidentemente, não é o determinado pela legislação.

A desapropriação trata-se simplesmente de uma **compra forçada** de imóvel pela Administração³. Ou seja, não havendo acordo **inicial** entre o ente público e o particular proprietário do imóvel, declara-se o interesse em desapropriar o bem e obriga-se o proprietário a vendê-lo, seja de forma administrativa (acordo posterior), seja de forma judicial.

Obviamente, não está se dizendo que não é possível que se realize um acordo na desapropriação. Ao menos inicialmente, deve haver uma firme negativa do proprietário do imóvel em vendê-lo, obrigando que a Administração declare formalmente sua intenção em desapropriá-lo (com a expedição do decreto desapropriatório). Após, deve-se buscar novamente o acordo e, caso não obtido, a única saída é o ingresso com a ação judicial desapropriatória. Ora, havendo **comunhão inicial de interesses** entre a Administração e o particular, não há qualquer motivo para a transferência **forçada** da propriedade, pois, conforme Celso Antonio Bandeira de Mello:

*O fundamento político da desapropriação é a supremacia do interesse coletivo sobre o individual, **quando incompatíveis**.* (grifado).⁴

Como já ressaltado, o direito de propriedade possui natureza de direito fundamental (artigo 5º., inciso XXII, da CF), assim, deve sempre se buscar soluções que o preservem, como a compra e venda amigável do imóvel. Apenas na impossibilidade de acordo é que a Administração está autorizada a afastar parcialmente o direito de propriedade, forçando a alienação do bem, mediante prévia e justa contrapartida financeira (artigo 5º., inciso XXIV, da CF).

De outro lado, ainda há hipóteses legais que impedem que a Administração contrate com o particular (o que será melhor analisado no item seguinte). Nesse caso, sendo o imóvel o único que atende ao interesse público, mas de propriedade de pessoa proibida de contratar com a Administração e, sendo inarredável a necessidade da aquisição, não há outra solução que não seja a desapropriação.

5. Da Indevida Utilização do Instituto da Desapropriação com Vistas a Beneficiar Interesses Particulares

A utilização irregular do instituto da desapropriação, visando efetuar a compra de imóveis pela Administração, por vezes pode representar não apenas uma simples nulidade procedimental, mas mascarar o uso indevido de recursos públicos em benefícios particulares.

Isto porque a Constituição Federal e a Lei de Licitações e Contratos Administrativos trazem várias vedações que visam a impedir que no processo licitatório se utilize a máquina pública na escolha do particular a ser contratado⁵; essas vedações não existem na legislação concernente à desapropriação para fins de utilidade pública (Decreto-lei 3.365/41) e interesse social (Lei 4.132/62), **pois sequer há contrato**.

Inicialmente, nota-se que a Constituição Federal proíbe expressamente que Deputados

Federais e Senadores (pessoas físicas ou por meio de pessoas jurídicas da qual sejam proprietários, controladores ou diretores) firmem ou mantenham **contrato com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes** (artigo 54, inciso I, a e inciso II, a).

Tal vedação normalmente é replicada em Constituições Estaduais para Deputados Estaduais⁶ e em Leis Orgânicas Municipais para Prefeitos e Vereadores⁷. Além disso, a Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei 8.666/93) prevê em seu artigo 9º., outras vedações, de natureza absoluta, com o fim de evitar o direcionamento das compras efetuadas pela Administração, impedindo que determinadas pessoas concorram ao certame, notadamente servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante responsável pela licitação.

Como já dito, tais vedações não são previstas quando se trata da desapropriação, pois, além de não haver contrato (assim, inaplicáveis as restrições constitucionais e das leis orgânicas municipais quanto às pessoas que podem **contratar** com o Poder Público), não se aplica a Lei de Licitações (inaplicáveis, assim, as vedações do artigo 9º. acima transcrito).

A legislação concernente à desapropriação, por sua vez, **não prevê qualquer restrição quanto à pessoa proprietária do bem a ser desapropriado** e, com razão, pois sendo comprovado, **fundamentadamente**, ser o único bem que satisfaz o interesse público, não há possibilidade de **prevalência** do interesse particular, a justificar a vedação.

Ocorre que por vezes o gestor público ímprobo, visando beneficiar-se ilegalmente do cargo que ocupa, utiliza indevidamente o instituto da desapropriação, deixando de adotar o procedimento licitatório.

Como por exemplo, pode-se citar a hipótese do Prefeito Municipal que deseja vender seu imóvel, mas não possui qualquer comprador interessado. Como não pode concorrer em licitação para vendê-lo ao Município do qual é gestor, opta por desapropriar o bem, mesmo sem real finalidade pública, recebendo, assim, facilmente, o valor de mercado do imóvel, mediante justa e prévia indenização em dinheiro (artigo 183, §3º., da CF). Em outro caso, pode ocorrer do Governador do Estado expedir decreto desapropriatório de um imóvel de seu desafeto, com falsa justificativa de interesse público, apenas para prejudicá-lo ou forçá-lo a desistir da disputa política.

Estas são claras hipóteses de desvio de finalidade, na qual se procura revestir de roupagem legal uma artimanha disposta a beneficiar interesses particulares. Nesse sentido, a doutrina de Maria Sylvia Zanella di Pietro, citando Cretella Júnior:

*A grande dificuldade com relação ao desvio de poder é a sua **comprovação**, pois o agente **não declara** a sua verdadeira intenção; ele procura **ocultá-la** para produzir a enganoza impressão de que o ato é legal. Por isso mesmo, o desvio de poder comprova-se por meio de **indícios**; são sintomas a que se refere Cretella Júnior (1977:209-210).*

a) a motivação insuficiente,

b) a motivação contraditória,

c) a irracionalidade do procedimento, acompanhada da edição do ato,

d) a contradição do ato com as resultantes dos atos,

e) a camuflagem dos fatos,

f) a inadequação entre os motivos e os efeitos,

g) o excesso de motivação.”⁸ (grifado).

Como a comprovação do desvio de finalidade tem certas dificuldades probatórias (ninguém arquiteta improbidades aos olhos e ouvidos de todos), mostra-se muito mais fácil buscar-se a anulação do decreto desapropriatório com base na ausência de fundamentação constitucional para a desapropriação, seja pela inexistência de interesse público, seja pela ausência de justificativa para não adoção do procedimento licitatório.

6. Da Inafastabilidade do Controle dos Motivos Determinantes da Desapropriação – Atuação do Ministério Público na Defesa do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa

É plenamente possível a análise pelos órgãos de controle externos (p.ex., Tribunal de Contas e Ministério Público) dos motivos alegados pelo ente público para realizar a desapropriação, acionando o Poder Judiciário caso necessário.

Cumprido ressaltar que o artigo 9º. do Decreto-lei n. 3365/41, que vedaria ao Poder Judiciário, no processo de desapropriação, decidir se se verificam ou não os casos de utilidade pública, não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, que tem como garantia fundamental a inafastabilidade do Poder Judiciário para análise de qualquer lesão ou ameaça a direito (artigo 5º., inciso XXXV, da CF).

Com efeito, os casos de utilidade pública ou interesse social não se tratam de decisões puramente discricionárias da Administração, mas sim condicionadas ao controle dos critérios, motivos e fins.

Evidenciando que a motivação do ato de desapropriação está viciada pelo **desvio de finalidade ou de poder**, cabe ao controle externo conferido a diversos órgãos e, em última instância, ao Poder Judiciário, adotar medidas necessárias à anulação do ato e responsabilização pelo desmando.

Nesse sentido, ensina o mestre Celso Antonio Bandeira de Mello:

*A discricionariedade, dentro das hipóteses legais de desapropriação, não é, evidentemente, possibilidade aberta ao Poder Público de servir-se formalmente das expressões legais para atribuir-lhes a força de instrumento de satisfação de propósitos alheios aos que a lei protege, deseja e expressa. Ato de tal natureza configura **desvio de poder e deve ser coartado pelo Judiciário através de meio eficaz, isto é, na própria ação de desapropriação, sob pena de não resultar na proteção pleiteada a valor jurídico resguardável.***⁹ (grifado).

Da mesma forma defende José Carlos de Moraes Salles:

Não há, pois, como subtrair-se ao controle do Poder Judiciário o exame da invocada causa de utilidade pública ou do alegado interesse social na desapropriação.

O que não se nega é que o Poder Público pode agir discricionariamente no tocante à escolha do momento em que considere conveniente ou oportuno declarar determinado

bem de utilidade pública, para o efeito de desapropriá-lo. (...)

*Todavia, repetimos, no que concerne à ocorrência ou não da alegada utilidade pública, é amplo o controle a ser exercido pelo Poder Judiciário, porque se trata, aí, de verificar se o expropriante agiu dentro dos limites fixados pela Constituição e pela lei para promover a desapropriação.*¹⁰ (grifado).

Também a jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça Paranaense:

AÇÃO POPULAR. MUNICÍPIO DE SERTANEJA. DECRETOS EXPROPRIATÓRIOS N.ºS 1825/98 E 1831/98. LESIVIDADE À MORALIDADE ADMINISTRATIVA. DESAPROPRIAÇÃO DE IMÓVEIS PERTENCENTES AO PREFEITO DO MUNICÍPIO E DE UM VEREADOR. INTERESSE PESSOAL EVIDENCIADO SOBRE O INTERESSE PÚBLICO. NULIDADE DOS ATOS. CONDENAÇÃO EM CUSTAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 12, DA LEI N.º 4.717/65. APELO E REEXAME NECESSÁRIO PROVIDOS. (TJPR, 2ª. CÂM. CÍVEL, APEL. CÍVEL E REEXAME NEC. N.º 116.339-5 - CORNÉLIO PROCÓPIO, REL. DES. HIROSÊ ZENI, j. 21/05/2003. (grifado).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE. DESAPROPRIAÇÃO. IMÓVEL DE PRO-PRIEDADE DA PREFEITA DO MUNICÍPIO E DE SEUS FAMILIARES. ANTECIPAÇÃO DA TU-TELA DEFERIDA PARA VEDAR A DESA-PROPRIAÇÃO ADMINISTRATIVA OU AQUI-SIÇÃO ONEROSA DO IMÓVEL, ATÉ O JULGAMENTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA E CONDICIONAMENTO DO JULGAMENTO DA DESAPROPRIAÇÃO À CONCLUSÃO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRESENÇA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES CONFIGURADA NO FATO DE SE TRATAR O IMÓVEL OBJETO DE DESAPROPRIAÇÃO DE PROPRIEDADE DA PREFEITA E SEUS FAMILIARES. POSSÍVEL DESRESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA PESSOALIDADE E DA MORALIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS. FUNDADO RECEIO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO CARACTERIZADO. RISCO À MUNICI-PALIDADE COM A EFETIVAÇÃO DO ATO EXPROPRIATÓRIO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZOS À SAÚDE DA POULAÇÃO LOCAL. ANTE-CIPAÇÃO DA TUTELA QUE EM NADA ALTERA AS CONDIÇÕES DE ATENDIMENTO À SAÚDE DA POPULAÇÃO LOCAL, JÁ ESTABELECIDAS HÁ LONGA DATA. RECURSO DESPROVIDO. (TJPR - 4ª C.Cível - AI 0463475-5 - Icaraíma - Rel.: Desª Maria Ap. Blanco de Lima - J. 16.12.2008) (grifado).

O Ministério Público, galgado pela Constituição Federal de 1988¹¹ e pela legislação infraconstitucional como instituição preponderante na defesa da probidade administrativa¹², com total independência frente ao governante de ocasião, tem função essencial na busca da anulação do ato eivado de desvio de finalidade, bem como na responsabilização do gestor público através da ação de improbidade administrativa (Lei 8.429/92).

Cumprir destacar que os únicos legitimados ativos para a ação de improbidade administrativa são a Pessoa Jurídica de Direito Público lesada pelo ato de improbidade e o próprio Ministério Público (artigo 17 da Lei 8.429/92). Assim, apesar de se reconhecer que as Procuradorias Jurídicas têm prerrogativa e dever de atuar frente a atos ímprobos, há que se reconhecer que a hierarquia dentro da Administração impede que atuem de forma

independente frente aos mandatários públicos de mais alto escalão.

Evidentemente que até mesmo os cidadãos podem procurar anular a desapropriação eivada de vícios, por meio de ação popular (como a citada na jurisprudência acima) e as associações, por meio da ação civil pública, mas não possuem legitimidade para a ação de improbidade administrativa.

Assim, ganha especial relevo o papel do Ministério Público, o qual possui garantias e prerrogativas extrajudiciais e judiciais suficientes a permitir uma atuação firme e adequada no combate à corrupção.

Portanto, quando os órgãos de controle forem chamados para analisar a regularidade de uma desapropriação, cumpre-se verificar, inicialmente, se o gestor público fez a opção correta por esse instituto em detrimento da licitação, utilizando as regras acima apontadas.

Ressalta-se que com muito mais cuidado deve ser feita a análise quando se nota que o gestor optou pela desapropriação em razão da legislação impedir a contratação do Poder Público com o proprietário do imóvel. Deve-se observar, atentamente, se o motivo que levou a legislação a evitar essa contratação (imóvel pertencente a Prefeito, Deputado, etc) não é, disfarçadamente, o móvel do gestor público para efetivar a compra daquela propriedade particular. O ideal seria que essa hipótese de desapropriação fosse submetida, necessariamente, ao Poder Judiciário, com previsão de intervenção do Ministério Público, mas tal exigência demandaria alteração na legislação que regula o instituto.

Assim, nota-se que não são raros os casos de indevida utilização do instituto da desapropriação, com os fins mais variados, buscando disfarçar o real interesse particular do gestor público, o que deve ser coibido pelos órgãos fiscalizadores da Administração Pública, principalmente pelo Ministério Público.

7. Conclusão

Feitas essas considerações, conclui-se que o artigo 37, inciso XXXI, da Constituição Federal determina que as compras efetuadas pela Administração Pública deverão ser efetuadas por meio de procedimento licitatório, inclusive no que se refere a imóveis, visando-se obter a proposta mais vantajosa ao interesse público, mas preservando os princípios constitucionais da isonomia e impessoalidade e o direito fundamental da propriedade.

A Lei 8.666/93, dando consecução ao mandamento constitucional, prevê claramente que a modalidade que deve ser utilizada para essa compra é a concorrência, sendo cabível a dispensa de licitação apenas quando o interesse público demandar imóvel com características únicas que inviabilizem a competição.

A desapropriação, por ser modalidade de aquisição de imóveis pela qual se afasta, justificadamente, aqueles princípios e direitos constitucionais, não deve ser tratada como regra para a compra de imóveis, somente sendo cabível quando: **a)** comprovado que apenas um imóvel em específico atende ao interesse público previsto na legislação que rege o instituto (Decreto-lei 3.365/41 e Lei 4.132/62) e **b)** quando o proprietário do imóvel **se negue, ao menos inicialmente, a vendê-lo** à Administração **ou** quando há impossibilidade legal de compra mediante licitação.

Cabe aos órgãos de controle externo da Administração Pública, principalmente ao Ministério Público, exercer a efetiva fiscalização sobre o uso correto da desapropriação, evitando o desvio de finalidade pela inobservância da preferência constitucional da licitação na compra de

8. Referências

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20ª. edição., São Paulo: Atlas, 2007.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11ª. edição, São Paulo: Dialética, 2005.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 7ª edição, São Paulo: Malheiros, 1994.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 12ª. Ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2000.
- SALLES, José Carlos de Moraes. *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 6ª. Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

- 1 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11ª. Ed., São Paulo: Dialética, 2005, p. 250.
- 2 *In* Direito Municipal Brasileiro, 7ª edição, São Paulo: Malheiros, 1994, p. 258.
- 3 Conforme ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro: *A desapropriação é o procedimento administrativo pelo qual o Poder Público ou seus delegados, mediante prévia declaração de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, impõe ao proprietário a perda de um bem, substituindo-o em seu patrimônio por justa indenização*. (grifado). *In* Direito Administrativo. 20ª. Ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 145.
- 4 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 12ª. Ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2000, p. 691.
- 5 Evidentemente, tais requisitos encontram respaldo nos princípios constitucionais administrativos da impessoalidade e moralidade (artigo 37, *caput*, da CF).
- 6 Ex. Artigo 58, inciso I, alínea a e inciso II, alínea a, da Constituição do Estado do Paraná.
- 7 Ex. artigo 21, inciso I, alínea a e artigo 48 da Lei Orgânica do Município de Londrina.
- 8 *Op. cit.*, p. 225.
- 9 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 12ª. Ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2000, p. 710.
- 10 SALLES, José Carlos de Moraes. *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 6ª. Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 224/225.
- 11 Artigo 129, inciso III, da CF: *Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: (...)III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;*
- 12 Cite-se o artigo 25, inciso IV, alínea b, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625/93): *Art. 25. Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público: (...) IV - promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei: (...) b) para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem;*

* Promotor de Justiça em Arapongas/PR

Contratações Temporárias Municipais: Quando a Exceção passa ser a Regra e Surge a Necessidade de uma Atuação Estratégica do Ministério Público para Defender a Moralidade Administrativa

*Saulo Murilo de Oliveira Mattos**

1. Introdução

O magnífico do texto constitucional brasileiro é a possibilidade de ser sempre relido em perspectivas positivas. Aberto à efetividade jurídica, detentor de ondular voz transformadora, possui carga ideológica humanitária, construtiva. Sim, a Constituição Federal de 1988 é Dirigente, um navio a singrar por oceanos desconhecidos e até mesmo, a depender dos humores do Congresso Nacional, por mares revoltos de normas jurídicas assombrosas. Mas em seu leme está o Ministério Público, que, ao pressentir momentos de agitada ventania, lança sua armas constitucionais para defender o regime democrático, a sociedade, a esquecida comunidade – constantemente refém de administrações municipais ímprobas-, protegendo, enfim, o humano, demasiado humano, às vezes cansado de ser humano.

Em outubro de 2013 a republicana Constituição Federal de 1988 comemorará seu aniversário de 25 anos. Com ela, o novo Ministério Público, independente, com regime jurídico próprio, livre das amarras do Executivo, também completará seus 25 anos de protagonista de um constitucionalismo brasileiro diferenciado, atento aos direitos fundamentais e instrumentos jurídicos próprios para defendê-los.

Porém, apesar das 25 velas que em breve serão acesas, a angústia que é o passar do tempo proporciona uma reflexão ao aniversariante com a seguinte pergunta filosófica: o que sou?

O eminente professor Paulo Bonavides sinaliza uma resposta sobre o que passou a ser o Ministério Público após a Constituição de 1988: “O Ministério Público, por conseguinte, nem é governo, nem oposição. O Ministério Público é constitucional; é a Constituição em ação, em nome da sociedade, do interesse público, da defesa do regime, da eficácia e salvaguarda das instituições.”

O formato de instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, defensor da ordem jurídica e de interesses sociais e indisponíveis, ou seja, de verdadeira cláusula pétrea, apresentado na Constituição de 1988, permitiu que o Ministério Público passasse de uma imagem associada à de “anjo vingador”, acusador insone da Tribuna do Júri, ao reconhecimento de instituição propulsora de amplo acesso à justiça, principalmente através da defesa de direitos transindividuais.

Analisando o perfil constitucional do Ministério Público, Gregório Assagra de Almeida (2013, 59), com base nas lições de Marcelo Pedrosa Goulart, coloca que existem dois modelos de Ministério Público, o demandista e o resolutivo:

O Ministério Público demandista, que ainda prevalece, é o que atua perante o Poder Judiciário como agente processual, transferindo a esse órgão a resolução de problemas sociais, o que de certa forma é desastroso(...) O Ministério Público resolutivo é o que atua no plano extrajudicial, como um grande intermediador e pacificador da conflituosidade social.

(...)

O Ministério Público resolutivo, portanto, é um canal fundamental para o acesso da sociedade, especialmente das suas partes mais carentes e dispersas, a uma ordem jurídica realmente mais legítima e justa. Os membros da Instituição devem encarar suas atribuições como verdadeiros trabalhadores sociais, cuja missão principal é o resgate da cidadania e a efetivação dos valores democráticos fundamentais.

O que se extrai dessas lições é que a vocação social do Ministério Público foi uma questão bem afirmada e resolvida na Constituição de 1998. Mas é justamente na prática, no desenvolvimento de suas atividades-fim, que o Ministério Público pode se deparar com entraves internos e externos para o exercício desse seu novo perfil constitucional, o que, em última análise, gera um risco de enfraquecimento de sua legitimidade social¹.

A realidade é o grande desafio a que se submete o promotor de justiça no seu dia a dia, pois é aí que terá que pensar em quais medidas jurídicas usará para solucionar certas demandas individuais e sociais. Por isso, devem ser enaltecidas ações institucionais do Ministério Público na defesa extrajudicial e judicial de garantias e direitos fundamentais, promovendo-se uma saudável publicidade dessas ações. A atuação demandista e resolutiva do Ministério Público se complementam. E muitas vezes a atuação demandista, a exemplo da que ocorre nas ações diretas de inconstitucionalidade, que representam um processo coletivo especial, permitirá um amplo e positivo atuar resolutivo.

A construção da identidade do Ministério Público após a Constituição de 1988 passa também pela reanálise de sua forma e capacidade de elaborar respostas efetivas às demandas que adentram os portais de suas sedes. As questões difusas e individuais não exigiriam atuações estratégicas dos membros do Ministério Público, inclusive do Procurador-Geral?

Assim, o objetivo específico deste artigo é sugerir uma possibilidade de atuação estratégica do Ministério Público Estadual, quer extrajudicial, quer judicial, no combate às irregulares e frequentes contratações temporárias municipais celebradas para atender a supostas necessidades de excepcional interesse público (art. 37, inciso IX, da CF/88), destacando-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, visualizando-se, com esse enfoque, mecanismos jurídicos para defender eficazmente a moralidade administrativa e o patrimônio público.

2. Da Contratação para Atender a Necessidade Temporária de Excepcional Interesse Público (Art. 37, Inciso IX, da Constituição Federal): a Realidade Municipal (Justificativa e Fundamentação da TESE)

O ofício do promotor de justiça é trabalhar para a comunidade da comarca onde se

encontra inserido. Isso significa que sua atuação será pautada concretamente por demandas locais que, frequentemente, se repetem em outras regiões de um mesmo Estado ou em várias regiões de tantos outros Estados do Brasil.

Os promotores de justiça são, entre os demais órgãos de execução do Ministério Público Estadual, os que estão mais próximos da comunidade, os que podem apontar quais os reais problemas sociais que o Ministério Público precisa resolver para que se desincumba de sua função constitucional de garantidor do regime democrático, fortalecendo sua imagem institucional. Por isso, ouvi-los constantemente será sempre uma boa estratégia para que a Administração Superior do Ministério Público viabilize a implementação de seu Planejamento Estratégico.

Ao lado de problemas relacionados à educação e saúde², as ilegalidades na admissão de pessoal ao funcionalismo público municipal despontam entre as demandas que mais chegam às promotorias de justiça. Ou o concurso público é um simulacro, uma fraude, dirigida pelo gestor para atender interesses pessoais, ou são feitas contratações temporárias sem qualquer necessidade excepcional de interesse público e para preencher cargos públicos cujo provimento era administrativamente desnecessário. Uma verdadeira burla ao art. 37, inciso IX, da Constituição Federal.

O art. 37, inciso II, da Constituição diz que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou provas e títulos, de acordo com a natureza e complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação ou exoneração. Por sua vez, o inciso IX desse mesmo artigo, excepcionando a regra de acesso aos cargos públicos através de concursos públicos, informa que a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.

Conclusão: no sistema constitucional pátrio, quanto ao acesso aos cargos públicos, regra e exceção convivem bem. O drama, fala-se até em tragédia nesse caso, ocorre quando, na prática, a exceção passa a ser a regra.

No cenário municipal, contratações administrativas temporárias têm sido feitas sem qualquer critério, como expedientes administrativos substitutos do concurso público. O Município fica, deliberadamente, dois ou três anos sem realizar concurso público para professores, enfermeiros, psicólogos, motoristas, garis, entre outros cargos, e, com base na alegação de atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, passa a fazer desenfreadamente contratações temporárias.

A norma do inciso IX, art. 37, da Constituição Federal é de eficácia limitada, de aplicabilidade indireta e reduzida, cabendo a cada ente da Federação (União, Estado, Município) elaborar lei que estabeleça os casos de contratação por tempo determinado para atender excepcional interesse público.

No âmbito federal, a Lei n. 8.745/93 estabelece as situações em que a necessidade temporária de excepcional interesse público estará presente, a exemplo de surtos endêmicos, atividades finalísticas do Hospital das Forças Armadas, de assistência à saúde para comunidades indígenas e de assistência à situação de calamidade pública, entre outras. Já existe, pois, uma diretriz legislativa a ser seguida pelos Estados e Municípios.

Porém, muitos Municípios que realizam contratações temporárias ainda não editaram suas respectivas leis ou promulgaram leis flagrantemente inconstitucionais, seja porque previram

prazos de contratação elásticos, iguais ou superiores a 04 anos, por exemplo, seja porque previram hipóteses de contratação temporária em que não é possível vislumbrar a excepcionalidade do interesse público. Ou estabeleceram cláusulas gerais e conceitos indeterminados que permitem ao administrador dizer, a seu bel-prazer, quando poderá contratar temporariamente.

O fato é que, sem lei ou com leis inconstitucionais, os Municípios têm aniquilado a exigência constitucional do concurso público e contratado temporariamente centenas de pessoas para prestarem serviços públicos, as quais, sem noção da complexidade que envolve o processo de acesso aos cargos públicos, dilapidam o patrimônio público e maculam a probidade administrativa. E o que fazer para combater essas leis e omissões legislativas inconstitucionais? A quem recorrer?

3. A Interpretação da Doutrina e do Supremo Tribunal Federal Sobre a Expressão “Necessidade Temporária de Excepcional Interesse Público”

O curioso do inciso IX do art. 37 da CF/88 é que a eficácia dessa norma está contida não só pela expressão textual “ a lei estabelecerá os casos”, mas também pelo conceito jurídico indeterminado, de abertura interpretativa ampla, representado pela fórmula “necessidade temporária de excepcional interesse público”. O desafio da lei federal, estadual ou municipal regulamentadora desse inciso será, então, estabelecer as hipóteses concretas que signifiquem essa excepcionalidade, tendo-se a doutrina e jurisprudência, principalmente a do Supremo Tribunal Federal, como referências para modular tal indeterminação jurídica.

Doutrinariamente, pode-se afirmar, com pequenas variações de posicionamento, que a ideia de contratação para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público está associada a duas linhas de pensamento: uma que defende que a necessidade de contratação temporária deve ser sempre para atividades estatais temporárias, cabendo ao Estado fazer concurso regularmente para prover, na forma do art. 37, inciso II, os cargos permanentes; e uma que defende que tanto para atividades transitórias quanto permanentes, admite-se a contratação temporária desde que provada a excepcionalidade da situação, o caráter incomum, imprevisível, que não deixe alternativas para o Estado senão recorrer a esse tipo de contratação.³

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o tema também não está pacificado, e as decisões sobre o assunto, em regra, ocorreram em sede de ação direta de inconstitucionalidade contra algumas leis estaduais, as quais regulamentaram, de forma equivocada, o inciso IX do art. 37 da Constituição Federal.

Todavia, pode-se dizer que, historicamente, o Supremo Tribunal Federal sempre decidiu ser inadmissível a contratação temporária para atender a necessidade de excepcional interesse público relacionada a atividades públicas de natureza permanente, previsível, tipicamente de carreira, a exemplo das funções jurídicas. Abaixo, seguem algumas decisões da Excelsa Corte dos anos de 2000 a 2004.

EMENTA: DEFENSORIA PÚBLICA - CONTRATAÇÃO POR PRAZO DETERMINADO INCOMPATIBILIDADE CONSTITUCIONAL. Ao primeiro exame, surge relevante a articulação sobre a inconstitucionalidade de lei viabilizadora da contratação

temporária de defensores públicos, ante o disposto nos artigos 37, inciso II, e 134 da Constituição Federal. Suspensão de eficácia da Lei nº 6.094, de 20 de janeiro de 2000, do Estado do Espírito Santo.(ADI 2229 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 14/09/2000, DJ 10-11-2000 PP-00081 EMENT VOL-02011-01 PP-00067)

EMENTA: Servidor público: contratação temporária excepcional (CF, art. 37, IX): inconstitucionalidade de sua aplicação para a admissão de servidores para funções burocráticas ordinárias e permanentes

(ADI 2987, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 19/02/2004, DJ 02-04-2004 PP-00009 EMENT VOL-02146-03 PP-00614 RTJ VOL-00193-01 PP-00112)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO: DEFENSOR PÚBLICO: CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. C.F., art. 37, II e IX. Lei 6.094, de 2000, do Estado do Espírito Santo: inconstitucionalidade. I. - A regra é a admissão de servidor público mediante concurso público: C.F., art. 37, II. As duas exceções à regra são para os cargos em comissão referidos no inciso II do art. 37, e a contratação de pessoal por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. CF, art. 37, IX. Nessa hipótese, deverão ser atendidas as seguintes condições: a) previsão em lei dos cargos; b) tempo determinado; c) necessidade temporária de interesse público; d) interesse público excepcional. II. - Lei 6.094/2000, do Estado do Espírito Santo, que autoriza o Poder Executivo a contratar, temporariamente, defensores públicos: inconstitucionalidade. III. - Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente; (ADI 2229 / ES - ESPÍRITO SANTO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO Julgamento: 09/06/2004 Órgão Julgador: Tribunal Pleno)

Porém, em 2004, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a ADIN 3068/DF, que questionou a constitucionalidade da Lei. n. 10.843/2003, que autoriza contratações temporárias de pessoal técnico pelo CADE (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA), firmando que “1) o art. 37, IX, da Constituição do Brasil autoriza contratações, sem concurso público, desde que indispensáveis ao atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público, quer para o desempenho das atividades de caráter eventual, temporário ou excepcional, quer para o desempenho das atividades de caráter regular e permanente, e 2) a alegada inércia⁴ da Administração não pode ser punida em detrimento do interesse público, que ocorre quando colocado em risco o princípio da continuidade da atividade estatal. (grifo nosso)”

Passou-se a uma fase de veementes críticas a esse julgado, considerado como um precedente que autorizaria uma burla generalizada à exigência constitucional de concurso público (art. 37, inciso II, da CF/88), porque a permissão de contratações temporárias nesse julgado foi relativizada ao extremo, deixando de ter um critério distintivo eficaz para que fossem verificadas realmente as hipóteses de sua incidência segundo a ideia pretendida pelo texto constitucional.

Abriu-se, então, um espaço de dúvidas sobre o real entendimento jurisprudencial da Excelsa Corte sobre o tema.

E para agravar esse sentimento de dúvidas pretorianas, no mesmo ano de 2004 o Supremo

Tribunal Federal retomou o caminho trilhado pelo entendimento firmado em 2000, afastando-se do posicionamento acima destacado. Aí estão alguns de seus julgados:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO: CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. C.F., art. 37, IX. Lei 9.198/90 e Lei 10.827/94, do Estado do Paraná. I. - A regra é a admissão de servidor público mediante concurso público: C.F., art. 37, II. As duas exceções à regra são para os cargos em comissão referidos no inciso II do art. 37 e a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público: C.F., art. 37, IX. Nessa hipótese, deverão ser atendidas as seguintes condições: a) previsão em lei dos casos; b) tempo determinado; c) necessidade temporária de interesse público excepcional. II. - Precedentes do Supremo Tribunal Federal: ADI 1.500/ES, 2.229/ES e 1.219/PB, Ministro Carlos Velloso; ADI 2.125-MC/DF e 890/DF, Ministro Maurício Corrêa; ADI 2.380-MC/DF, Ministro Moreira Alves; ADI 2.987/SC, Ministro Sepúlveda Pertence. III. - A lei referida no inciso IX do art. 37, C.F., deverá estabelecer os casos de contratação temporária. No caso, as leis impugnadas **instituem hipóteses abrangentes e genéricas de contratação temporária, não especificando a contingência fática que evidenciaria a situação de emergência, atribuindo ao chefe do Poder interessado na contratação estabelecer os casos de contratação**: inconstitucionalidade. IV. - Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.

(ADI 3210, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 11/11/2004, DJ 03-12-2004)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. LEI ESTADUAL CAPIXABA QUE DISCIPLINOU A CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE SERVIDORES PÚBLICOS DA ÁREA DE SAÚDE. POSSÍVEL EXCEÇÃO PREVISTA NO INCISO IX DO ART. 37 DA LEI MAIOR. INCONSTITUCIONALIDADE. ADI JULGADA PROCEDENTE. I - A contratação temporária de servidores sem concurso público é exceção, e não regra na Administração Pública, e há de ser regulamentada por lei do ente federativo que assim disponha. II - Para que se efetue a contratação temporária, é necessário que não apenas seja estipulado o prazo de contratação em lei, mas, principalmente, que o serviço a ser prestado revista-se do caráter da temporariedade. III - O serviço público de saúde é essencial, jamais pode-se caracterizar como temporário, razão pela qual não assiste razão à Administração estadual capixaba ao contratar temporariamente servidores para exercer tais funções. IV - Prazo de contratação prorrogado por nova lei complementar: inconstitucionalidade. V - É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de não permitir contratação temporária de servidores para a execução de serviços meramente burocráticos. Ausência de relevância e interesse social nesses casos. VI - Ação que se julga procedente.

(ADI 3430, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 12/08/2009)

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI AMAPAENSE N. 765/2003. CONTRATAÇÃO POR TEMPO DETERMINADO DE PESSOAL PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PERMANENTES: SAÚDE; EDUCAÇÃO; ASSISTÊNCIA JURÍDICA; E, SERVIÇOS TÉCNICOS. NECESSIDADE TEMPORÁRIA E EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO NÃO CONFIGURADOS. DESCUMPRIMENTO

DOS INCISOS II E IX DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. EXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. PRECEDENTES. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE.(ADI 3116, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 14/04/2011, DJe-097 DIVULG 23-05-2011

Ao que parece, comparando-se os julgamentos acima transcritos, há uma tendência decisória do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, mas não se pode concluir que a questão está isenta de novas interrogações. Deve-se esperar uma decisão constitucionalmente transcendente da Suprema Corte.

Em 01 de novembro de 2012, à unanimidade, analisando a admissibilidade de recurso extraordinário n. 658.026/MG, proposto pelo Procurador Geral de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais em ação direta de inconstitucionalidade contra lei municipal que previu a contratação temporária para área do magistério, criando presunções de excepcionalidade e temporariedade que, na realidade, não existem, afrontando assim artigos da respectiva Constituição Estadual e, reflexamente, o inciso IX do art. 37 da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal decidiu que é de repercussão geral a matéria relativa às hipóteses de contratação temporária, possuindo densidade constitucional que ultrapassa os interesses das partes, passível de repetição em inúmeros processos.

Basicamente, esse é o panorama doutrinário e jurisprudencial, com destaque para as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, o que permite ao Ministério Público visualizar como atuar e em que pontos frisar no combate a leis municipais (in)constitucionais que autorizam, a pretexto de regulamentarem o art. 37, inciso IX, da Constituição Federal, contratações temporárias absurdas, desconexas com a realidade municipal, em proporções duvidosas, para casos não excepcionais.

Essa atuação incisiva e estratégica do Ministério Público que aqui se exalta na defesa da Constituição Federal com reflexos no âmbito municipal proporcionará uma tutela inibitória no campo da moralidade administrativa e na proteção do patrimônio público, evitando novas condutas ímprobas pelo gestor.

4. A Necessária Atuação Estratégica Resolutiva e Demandista do Ministério Público na Prevenção e Combate às Contratações Temporárias Municipais Irregulares: um Proceder Indispensável à Eficaz Defesa da Moralidade Administrativa e do Patrimônio Público.

Fortalecer a imagem institucional, aperfeiçoar a atuação funcional e promover a probidade na gestão pública são objetivos sempre presentes nos revigorados planejamentos estratégicos dos Ministérios Públicos Estaduais brasileiros que justificam a elaboração de planos gerais de atuação relacionados às diversas áreas de atribuição do *Parquet*: saúde, educação, infância e juventude, cível, difusos e coletivos etc.

Pensar, pois, na resolução de uma demanda tipicamente ministerial é tentar elaborá-la em termos estratégicos, o que requer uma forte e interna comunicação institucional. Então, vaidades e heroísmos à parte, promotores e procuradores de justiça de determinada área de

atuação, assessores especiais do Procurador-Geral de Justiça e o próprio Procurador-Geral devem desenvolver um diálogo possível, almejando uma sinergia de pensamentos institucionais.

Maior distanciamento entre os membros da Instituição, maior a probabilidade de ineficácia do planejamento estratégico traçado para anos de x a y, podendo ficar restrito apenas a uma função discursiva, poética até, de enaltecimento ilusório das funções do Ministério Público.

Coloca-se a alteridade comunicativa como chave de acesso à construção da real identidade do Ministério Público. O promotor de justiça que não se perguntar como anda o *outro* colega na resolução de um problema social semelhante ao que aparece na sua área de atuação corre o risco de passar por um agir funcional precipitado, somente documental – meros papéis em andamento – ou inócuo. E é pouco a pouco que, alimentando-se o isolamento da atuação diária, que se pode instalar um ambiente de silêncio institucional, tornando o Ministério Público uma sala vazia com timbres vocálicos enfraquecidos de tanto gritarem que ele é o defensor da sociedade.

Por isso, os ambientes virtuais, como o twitter, facebook e grupos de e-mails, têm servido ao propósito de uma participação democrática dos membros na formação e desenvolvimento das estratégias institucionais. São os distantes próximos.

É por esse olhar que deve ser vista a problemática das contratações temporárias administrativas irregulares e a elaboração de possíveis estratégias de atuação para preveni-las e combatê-las. Atuar pontualmente, com ações civis públicas de improbidade ou ações civis públicas buscando a exoneração daqueles irregularmente contratados pelo Município, pode significar um enorme dispêndio de energia, nem sempre proveitoso, e a perda da possibilidade de se refletir sobre o agir coordenado dos promotores de justiça na prevenção e combate a essas repudiantes contratações.

Para isso, o que se sugere é que cada Ministério Público Estadual faça um levantamento de dados, um estudo dos aspectos jurídicos e fáticos que envolvem as contratações temporárias para atender a necessidade de excepcional interesse público existentes em cada município de seu respectivo Estado.

Estabelece-se assim uma análise real do cenário estadual que envolve esses tipos de contratações. Nesse particular, o promotor de justiça terá uma participação relevantíssima. Caberá a ele oficiar aos gestores dos municípios da comarca onde atua, questionando-lhes sobre o quantitativo de contratações temporárias existentes no quadro administrativo, confrontando-o com os números relativos aos cargos de provimento efetivo; poderá solicitar informações sobre a que atividades se referem essas contratações temporárias-se atividades permanentes, se atividades temporárias; nesse mesmo ofício, ainda convém que solicite informações sobre a existência de lei municipal que autorize contratações temporárias e, se positiva a resposta, que lhe seja encaminhada cópia da lei.

A intenção é que, com essa medida, em prazo razoável, chegue-se a informações importantes para que cada Ministério Público Estadual, através de seus Centros de Apoio, membros integrantes da respectiva Gestão Estratégica e de Grupos Especiais de Atuação na defesa da moralidade administrativa e patrimônio público, pense e elabore ações institucionais eficientes para resolver a problemática desenhada, tendo à sua disposição os seguintes dados, que serão vistos globalmente: **1.** quantitativo de contratações temporárias confrontado com o quadro de pessoal permanente de cada município; **2.** - análise do percentual de incidência de contratações temporárias por tipo de atividades - permanentes ou temporárias

(educação, saúde, serviços técnicos, burocráticos etc); **3.** levantamento de quantos municípios possuem leis específicas autorizando contratação temporária e quantos não possuem, o que influenciará diretamente na escolha pelo *Parquet* dos mecanismos extrajurisdicionais (resolutivos) e jurisdicionais (demandistas) para remover as situações legislativas inconstitucionais encontradas. Ao final, confecciona-se um relatório, com mapa ilustrativo se possível, das irregularidades encontradas.

Pois bem, com base nesse relatório e em pontos comuns extraídos da doutrina, da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e da legislação federal sobre a contratação temporária (Lei n. 8.745/93), o que já foi citado no item anterior, visualiza-se um segundo momento para a atuação estratégica em destaque, e que se refere à verificação prática da existência e validade de norma municipal autorizadora de contratações temporárias a partir de critérios objetivos mínimos e juridicamente aceitáveis.

Assim, independente da discussão de ser possível a contratação temporária para atividades estatais permanentes ou eminentemente temporárias, assunto considerado de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal (RE N. 658.026/MG), para que seja preservada a constitucionalidade de lei já existente ou a ser elaborada, certas diretrizes jurídicas poderão servir de referência para uma conformação constitucional da norma municipal (art. 37, incisos II e IX, da CF/88), guiando as ações do Ministério Público, quais sejam: **1) a iniciativa dessa lei caberá ao chefe do Executivo (art. 61,§1º, da CF/88 – vício formal de iniciativa legislativa; 2) são vedadas hipóteses abrangentes e genéricas de contratação temporária, não especificando a contingência fática que evidenciaria a situação de emergência, atribuindo ao chefe do Poder interessado na contratação estabelecer os casos de contratação; 3) não deve ser permitida contratação temporária de servidores para a execução de serviços meramente burocráticos; 4) a lei não poderá estabelecer presunções de temporariedade e excepcionalidade; 5) a situação de excepcionalidade deverá surgir de um contexto imprevisível para a Administração e não de sua inércia; 6) a lei deverá especificar os prazos de contratação temporária para cada hipótese, bem como a possibilidade de eventual prorrogação desde que não extrapole a noção de temporariedade e não substitui a realização de concurso público pela Administração Pública⁵; 7) a regra será a contratação temporária mediante processo seletivo simplificado sujeito à ampla divulgação através de Diário Oficial, devendo as exceções ser expressas em lei, tomando-se como parâmetro a Lei Federal n. 8.745/93 – situações de calamidade pública por exemplo (esse são vícios materiais de inconstitucionalidade).**

Com essas orientações, abrem-se, minimamente, dois caminhos para a atuação corretiva do Ministério Público, um pela via extrajurisdicional (resolutiva) e outro pela jurisdicional (demandista), que, sendo complementares, se encaixam perfeitamente a esse segundo momento de perspectiva de atuação estratégica.

No campo extrajurisdicional, na qualidade de *ombudsman*, zelando pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição Federal (art. 129, inciso II), o Ministério Público poderá utilizar seu poder recomendatório como instrumento de provocação do autocontrole de constitucionalidade pelos Poderes Legislativo e Executivo Municipais (art. 6, inciso XX, da Lei Complementar n. 75/1993 e art. 27, parágrafo único, inciso IV, da Lei n. 8.625/93).

Em relação aos municípios em que não há lei específica para contratação temporária, o Ministério Público poderá expedir recomendação ao Executivo e Legislativos locais para que,

com urgência e respeitada a iniciativa legislativa, observem a necessidade de elaboração de uma lei municipal sobre contratação temporária, devendo esses Poderes considerar basicamente os parâmetros acima enumerados, anexando-se à recomendação, inclusive, cópia da Lei Federal n. 8.745/93.

Busca-se evitar, desta forma, que contratações temporárias municipais ocorram sem previsão legal específica, o que viola diretamente os arts. 10 e 11 da Lei n. 8.429/93, ou, se já existentes contratações temporárias no município, orienta-se no sentido de que novas contratações temporárias só poderão ser realizadas a partir da vigência de lei municipal que trate da matéria, advertindo-se, em qualquer dessas situações, que o não cumprimento da recomendação ministerial poderá resultar na adoção de outras providências pelo Ministério Público, a exemplo da propositura de ação civil pública por improbidade administrativa.

Para os Municípios que já possuem a lei, a recomendação, mudando-se o que deve mudar, será para que haja uma alteração legislativa a fim de conformar a lei ao desejado pelos art. 37, inciso II e IX, da Constituição Federal e ao que estiver previsto na Constituição Estadual, observando-se, no que couber, a Lei Federal n. 8.745/93.

Tanto na omissão legislativa quanto na hipótese de existência de lei, a recomendação permitirá que o Executivo, a quem cabe a iniciativa legislativa nesse caso, e a Câmara Municipal, a quem cabe aprovar a lei, exerçam um autocontrole da constitucionalidade da lei apontada pelo Ministério Público como maculada de vícios de inconstitucionalidade ou, na falta da lei, percebam que a omissão deve ser suprida.

Uma pergunta merece ser feita: a quem caberia elaborar essa recomendação? Sem dúvidas, o promotor de justiça⁶. Porém, é também do Procurador Geral de Justiça que, além de ser órgão de execução, possui, de acordo com a Constituição Estadual, legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade estadual, inclusive por omissão, podendo também, por consequência, elaborar uma recomendação que tenha os mesmos objetivos dessas ações constitucionais.

A beleza dessa proposta é que se poderá optar, estrategicamente, por uma recomendação emitida pelo Procurador Geral de Justiça - de grande força persuasiva portanto, já que ele é o chefe dessa pujante instituição - direcionada a todos os Municípios que não possuem a legislação pretendida pelo Ministério Público e a todos os Municípios que a possuem, porém em desconformidade constitucional.

Uma ação nesse sentido, bem divulgada pela assessoria de comunicação da instituição, representa um grande avanço na preocupação e atuação do Ministério Público na defesa da probidade administrativa, proporcionando efeitos práticos positivos e legitimando mais ainda a atividade do promotor de justiça com atribuição na defesa da moralidade administrativa e patrimônio público em cada município do Estado, que poderá, registre-se, expedir suas próprias recomendações, com a certeza de que estarão alinhadas ao pensamento institucional sobre o tema, o que não viola sua independência funcional.

Nesse particular, mencione-se a explicação de Gregório Assagra de Almeida que, ao tratar do poder de recomendação do Ministério Público como instrumento útil para a provocação do autocontrole de constitucionalidade (2005, p. 17), coloca que:

Assim, em sendo possível, e até mesmo o mais recomendável, o autocontrole da constitucionalidade pelo próprio Poder Legiferante seja por intermédio do instituto da revogação, seja por intermédio do instituto da alteração para adequação ao sistema constitucional da lei ou ato normativo

apontado como inconstitucional, nada mais razoável do que se provocar primeiramente, nas hipóteses em que as circunstâncias venham a comportar, a atuação do Poder elaborador da norma apontada como inconstitucional, deixando para depois, em caso de recusa do autocontrole da constitucionalidade pelo poder competente, a via do controle abstrato e concentrado da constitucionalidade perante a Corte constitucional competente.

(...)

E mais: considerando que se trata de atribuição difusa, a expedição de recomendação para a provocação do autocontrole da constitucionalidade perante o poder público municipal responsável pela elaboração da norma inconstitucional é bipartida : a) é do Procurador-Geral de Justiça, que possui atribuição constitucional para o ajuizamento da ADI estadual; b) é também do promotor de justiça que tenha atribuição para buscar, dentro da sua respectiva área de atuação na comarca em exerça sua função, o controle difuso ou incidental da constitucionalidade da norma municipal por ação civil pública ou por outra ação adequada.

Essa atuação extrajurisdicional ampla, objetiva e difusa do *Parquet* não inviabiliza que também seja expedida uma recomendação pelo promotor de justiça a fim de que sejam exoneradas aquelas pessoas irregular e temporariamente contratadas pela Administração Pública, orientando-a, em prazo a ser ditado pela urgência da situação, a realizar concurso público para o provimento efetivo dos cargos ou até mesmo firmando um termo de ajustamento de conduta para que se alcance esse objetivo. O diferencial da primeira recomendação para esta – na realidade ambas se complementam - é que aquela atua na causa ou situação legislativa que fundamenta uma série de contratações temporárias devassadoras do patrimônio público e da probidade administrativa no âmbito municipal, buscando, em linguagem popular, eliminar o mal pela raiz. Previnem-se com essas medidas novos ataques à probidade administrativa. Seria uma espécie de tutela inibitória extrajurisdicional.

As reuniões com gestores e as audiências públicas envolvendo ao máximo a participação popular, dando à comunidade a possibilidade de acesso a informações postas como misteriosas pela Administração Pública, são medidas que o promotor de justiça deverá realizar e estimular para que o cidadão tenha consciência de como está ocorrendo o acesso aos cargos públicos e passe a fiscalizar com eficiência os atos administrativos do gestor municipal. Inquéritos civis também poderão ser instaurados, e o promotor de justiça ao celebrar termos de ajuste de conduta no bojo destes deverá ter muito cuidado para não engessar a atividade legislativa.

O que se propõe, então, é que essas posturas extrajurisdicionais sejam debatidas institucionalmente, elaborando-se materiais de apoio (modelos, jurisprudência, doutrina, cartilha, programas e parcerias) que, disponibilizados pelos Centros de Apoio, permitam atuações sincronizadas e em boa velocidade pelos promotores de justiça. É pensar coletivamente a resolução de conflitos transindividuais.

Por outro lado, se as recomendações e eventuais termos de ajuste de conduta não surtirem o efeito desejado ou se não existir, diante do lastimável quadro desenhado com os dados obtidos a partir dos ofícios emitidos pelos promotores de justiça, a convicção de que a via extrajurisdicional é o melhor caminho para a resolução da problemática das contratações temporárias, a via jurisdicional aparece como estratégia imediatamente subsequente (art. 5º,

inciso XXX, da CF/88).

Nesta linha de proceder, terá o *Parquet* a opção do uso do controle jurisdicional abstrato/direto de constitucionalidade, o manejo de reclamações constitucionais, a possibilidade de propor ações civis públicas e ações de improbidade administrativa diante dos casos concretos, em que poderá suscitar o controle incidental de constitucionalidade, além de demandar pela execução de termos de ajuste de conduta eventualmente descumpridos.

Sem querer diminuir a força jurídica das ações civis públicas, em especial as de improbidade, há de se repensar, nessa visão estratégica sobre o combate às irregularidades das contratações temporárias municipais, o exercício do controle de constitucionalidade concentrado pelo Ministério Público no âmbito estadual. De fato, tem o Procurador Geral de Justiça, através da sua plêiade de assessores especiais, se preocupado com o controle de constitucionalidade das normas municipais face à Constituição Estadual, principalmente quando os parâmetros de controle são normas de reprodução obrigatória da Constituição Federal?

Pouco se sabe sobre o exercício dessa prerrogativa ministerial. Ou por falta de interesse do promotor de justiça, ou por falta de coleta e divulgação dos dados relacionados a essa importantíssima atividade de defesa da ordem jurídica e moralidade administrativa, ou porque essa prerrogativa pouco é utilizada.⁷

Autorizadas pelo art. 125, §2º, da Constituição Federal, as Constituições Estaduais têm colocado o Procurador Geral de Justiça como um dos legitimados para propor ações diretas de inconstitucionalidade no âmbito estadual, inclusive por omissão (*cf* art. 134 caput, e §4º, do Estado da Bahia⁸).

Assim, com base em estudo e levantamento de dados realizados pelo próprio Ministério Público Estadual, o Procurador-Geral de Justiça, sabendo em quais municípios não existe lei regulamentando a contratação temporária, poderá propor adins por omissão para que esses municípios passem a normatizar a matéria. De outra forma, mas no mesmo propósito, tendo conhecimento de quais municípios possuem leis municipais com a pecha de inconstitucionais por não regulamentarem, adequadamente, os aspectos que envolvem as contratações temporárias, ferindo normas constitucionais estaduais que reproduzem obrigatoriamente o art. 37, incisos II e IX, da Constituição Federal, poderá propor ação direta de inconstitucionalidade perante o respectivo Tribunal de Justiça.

Sim, muitas ações poderão ser propostas nesse sentido porque muitos são os casos reveladores de situações legislativas inconstitucionais. Mas aí caberá à Gestão Ministerial, considerada a importância da questão, fortalecer as assessorias especiais que dentro do Ministério Público auxiliam o Procurador Geral de Justiça no desempenho dessa excepcional função.

Essa atuação direcionada é importantíssima e tem impactos práticos no campo processual da improbidade administrativa. É que o Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência pacífica no sentido de que em relação a eventuais contratações temporárias ou prorrogações dessas contratações, embora de questionável validade em razão dos preceitos constitucionais relativos à obrigatoriedade do concurso e excepcionalidade da contratação temporária, se firmadas com base em lei municipal que estava em vigor da contratação, gozando tal lei de presunção de constitucionalidade, fica descaracterizada o elemento subjetivo doloso apto a ensejar a condenação por improbidade administrativa nos termos do art. 11 da Lei n. 8.429/93 (Segunda Turma; AgRg no REsp 1312945 / MG AGRADO REGIMENTAL NO

RECURSO ESPECIAL 2012/0048311-3 – Publicação 22/08/2012). Parece ser esse também o entendimento do Supremo Tribunal Federal (HC n. 73.131-PR).

Assim, a atuação estratégica do Ministério Público Estadual, através do Procurador-Geral, almejando a declaração de inconstitucionalidade de normas municipais sobre contratação temporária, pode ser considerada como um agir institucional mínimo para que em futuras ações de improbidade administrativa propostas pelos promotores de justiça em relação a contratações temporárias celebradas sem observar a existência de declaração de inconstitucionalidade da norma municipal pelo Tribunal de Justiça sejam julgadas procedentes.

Discorda-se desse entendimento do Superior Tribunal de Justiça, porque o dolo do gestor não depende da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada lei.

Há casos em que essa inconstitucionalidade será flagrante e ele poderá, porque o Supremo Tribunal Federal o autoriza repudiar essa lei inconstitucional, deixar de aplicá-la. Mas optará, por conveniência própria, pelo caminho mais fácil, e fará contratações temporárias para atender atividades estatais sem qualquer demonstração da excepcionalidade do interesse público, cumprindo com suas promessas de apadrinhamento.

Em outros casos, o próprio gestor terá sido advertido por recomendação ministerial da necessidade de mudança de sua postura na gestão da coisa pública e das consequências de, se não mudar, incorrer em atos de improbidade administrativa, mas, ainda assim, prosseguirá com contratações temporárias irregulares, e não se poderá dizer, também nessa hipótese, que lhe faltou o dolo, principalmente se existir uma recomendação do promotor de justiça ou do Procurador Geral de Justiça que trate do assunto e esteja circulando nos Diários Oficiais e veículos de comunicação dos municípios integrantes do Estado.

Questão interessante que surge é a possibilidade de em ação direta proposta pelo Procurador-Geral de Justiça contra lei municipal que trate da contratação administrativa temporária, confrontada com norma da Constituição Estadual que reproduz obrigatoriamente o art. 37 da Constituição Federal, o Tribunal de Justiça se esquivar de entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal e julgar improcedente a ADIN proposta.

Nesse caso, por ser norma de reprodução obrigatória, estando em jogo em última análise a interpretação da Constituição Federal, a questão deverá ser levada ao Supremo Tribunal Federal via recurso extraordinário proposto pelo PGJ para que a Suprema Corte diga qual é a melhor interpretação a ser dada à norma jurídica questionada, e essa decisão do Supremo Tribunal Federal terá eficácia erga omnes, vinculante e *ex tunc*, se não modulados os efeitos, valendo para todo o território nacional⁹. (RE 187.142-STF).

Exemplo atual dessa hipótese é o Recurso Extraordinário 658.026/MG proposto contra acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais proferido em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador Geral desse Estado contra norma municipal que viola dispositivo da Constituição Estadual Mineira no tocante à contratação temporária, norma de reprodução obrigatória (art. 37, inciso IX, da Constituição Federal), cujo cerne da discussão é saber se é possível a contratação temporária para atividades permanentes.

Nessa situação, afirmada a inconstitucionalidade da norma municipal pelo Supremo Tribunal Federal, havendo desrespeito a essa decisão, poderá o Procurador Geral de Justiça propor reclamação para garantir a autoridade da decisão do Supremo Tribunal Federal (art. 102, L, da CF/88). Destaque-se que, recentemente, esse Excelso Tribunal firmou o entendimento de que “o Ministério Público estadual detém legitimidade ativa autônoma para propor reclamação constitucional perante o Supremo Tribunal Federal” (Rcl 9327 AgR / RJ; julgamento

23/05/2013; órgão julgador: Tribunal Pleno)

Como extensão de toda essa perspectiva estratégica de atuação do Ministério Público, será oportuno ao promotor de justiça, quando não propostas ações diretas pelo Procurador Geral de Justiça, ao ajuizar ação civil pública para requerer a exoneração daqueles que foram contratados irregularmente para satisfazer a necessidade temporária da Administração Pública, bem como a realização de concurso público, arguir incidentalmente a inconstitucionalidade da lei municipal que regula de forma deficiente a matéria.

A arguição incidental de inconstitucionalidade também será interessante em relação às ações de improbidade administrativa, já que o STJ e o STF associam o dolo do agente estatal à declaração de inconstitucionalidade da norma que fundamentou o ato ímprobo, entendimento ao qual, pelos fundamentos já expostos, não se adere, porém não deve ser desprezado.

Por fim, registre-se, mais uma vez, que essas ações judiciais serão mais representativas da imagem ministerial de defensor da sociedade e ordem jurídica quando pensadas e debatidas anteriormente em grupos de trabalho temáticos (GTEs), e disponibilizadas para que a sua propositura no Estado ocorra de forma sincronizada: vários promotores de justiça promovendo ações, num mesmo período, nesse mesmo sentido.

5. Conclusão - Síntese Dogmática Propositiva

A atuação do Ministério Público Estadual na prevenção e combate a contratações municipais temporárias irregulares deve ser realizada de forma estratégica, através de um agir institucional sistematizado e conjugado que envolva órgãos auxiliares, promotores de justiça, procuradores de justiça e o próprio Procurador Geral de Justiça, fortalecendo a utilização de mecanismos extrajurisdicionais (resolutivos) – , como expedição de ofícios, recomendações, reuniões e audiências públicas, inquéritos civis e termos de ajustamento de conduta – e jurisdicionais (demandista), como a propositura de ações diretas de inconstitucionalidade no âmbito estadual–que realmente merece ser intensificada -, ações civis públicas e ações de improbidade, proporcionando-se assim uma tutela eficaz da moralidade administrativa e do patrimônio público nesse campo da gestão municipal.

6. Referências

- ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson; *Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011
- ALVES, Leonardo Barreto Moreira; BERCLAZ, Márcio Soares; Ministério Público em ação. Atuação prática jurisdicional e extrajurisdicional. Salvador: JusPODIVM, 2010
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Edições Almedina, 7ª edição.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson. *Temas Atuais do Ministério Público*. Salvador: JusPODIVM, 2013.
- FILHO, José dos Santos Carvalho Filho. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009
- MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em Juízo*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet.

Curso de Direito Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

- 1 Em tom esclarecedor, Marcelo Pedroso Goulart (2007, p. 123) afirma que “Levar avante essa prática transformadora (práxis) é cumprir uma função política maior, que implica a substituição de uma dada ordem por outra ordem social, mais justa, na qual prevaleçam os valores universais da democracia. A realização prática dessa função política maior dá-se no *movimento catártico* que promove a transição da sociedade, dos seus movimentos, das suas organizações e de suas instituições do *momento corporativo* e particularista para o *momento ético-político* de modificação do real. Do ponto de vista jurídico-constitucional (formal), o Ministério Público estruturou-se para cumprir a função de promover os valores democráticos, como a *instituição catártica, universalizante, não-corporativa*. O seu perfil constitucional não dá margem a dúvidas quanto a isso. Todavia, do ponto de vista do movimento real da Instituição, não se pode fazer a mesma afirmação. A realidade demonstra que o Ministério Público ainda está em fase de transição, visto que, do ponto de vista intra-institucional, ainda não incorporou plenamente sua nova função política, ainda não formou uma *vontade coletiva democrática* capaz de garantir a unidade necessária à atuação voltada à transformação social. No nível institucional, portanto, o Ministério Público ainda não superou, plenamente, o *momento corporativo*, fato que impõe a aceleração do *movimento catártico interno*. Do contrário, a *passividade* poderá tomar conta da Instituição, levando-a à *impotência objetiva*, ao não cumprimento da sua função política e dos objetivos que lhe foram postos pela Constituição. Esse tipo de *comportamento positivo-impotente* poderá acarretar a perda da legitimidade (de sustentação social) e levar ao retrocesso na configuração formal-institucional do Ministério Público.
- 2 Destaque-se, quanto a esse ponto, a brilhante atuação desenvolvida pelo Programa “O Ministério Público e Os Objetivos do Milênio: saúde e educação de qualidade para todos”, gerado e expandido pelo Ministério Público do Estado da Bahia, vencedor do prêmio CNMP 2013, categoria defesa dos direitos fundamentais.
- 3 Nesse sentido, por todos, Celso Antônio Bandeira de Melo.
- 4 Quanto à inércia da Administração Pública, transcreva-se a lição de Raquel Melo Urbano de Carvalho (2009, p. 125): “Um dos aspectos mais relevantes do Direito Administrativo reside no fato de que, em vez de buscar sua caracterização mediante a investigação da intenção do agente, inspira-se no modelo concreto de conduta administrativa, baseado na proteção do interesse público primário, na honestidade e lealdade. Exclui-se, portanto, o exame apenas do móvel do sujeito do comportamento administrativo, porquanto irrelevante tal elemento psicológico no aspecto ora em exame. Necessária é a análise do comportamento comissivo ou omissivo do Estado, da forma como concretamente se realizou, ou não, tomando como critérios reitores os deveres de imparcialidade, transparência, tempestividade no exercício da competência, neutralidade, proporcionalidade, racionalidade e efetividade no exercício da competência, neutralidade, proporcionalidade, racionalidade e eficiência. Afinal, a boa fé objetiva diz respeito aos padrões de comportamento objetivos, referentes ao intercâmbio escorreito entre Poder Público e cidadãos cuja correção procedimental e dignidade são essenciais ao Estado Democrático de Direito.”
- 5 Nesse ponto, Rita Tourinho faz referência à situação do Estado da Bahia, “cuja Lei n. 6677/94, estabelece no seu §1º, do art. 253, o prazo de 24 (vinte e quatro) meses, com a possibilidade de uma prorrogação por igual período para as contratações temporárias de excepcional interesse público, ou seja, a lei permite que esses contratos tenham a vigência de até 48 (quarenta e oito) meses, quer dizer, 4(quatro anos). Ora, tal prazo viola frontalmente o inciso IX da Constituição Federal, desde quando não há que se pensar em casos que constituam ou envolvam exceções que perdurem por mais de dois anos, como permite a legislação estadual.”
- 6 O Centro de Apoio Especializado, considerando a necessidade de uma atuação macro e estratégica, poderá disponibilizar modelo de recomendação sobre o tema para facilitar a atuação coordenada e sinérgica dos promotores de justiça.
- 7 Quanto a esse assunto, algumas perguntas podem ser feitas: é satisfatória a atuação do Ministério Público Estadual no controle de constitucionalidade enquanto defensor da ordem jurídica? O Procurador Geral de Justiça tem proposto ações diretas de inconstitucionalidade? Há dados estatísticos sobre essa atividade ministerial? Esses dados têm sido divulgados? O promotor de justiça tem estimulado essa atuação do Procurador Geral de Justiça dentro dos Ministérios Públicos Estaduais? Tem expedido recomendações ao órgão legiferante advertindo sobre a possibilidade de edição de leis inconstitucionais? Como tem sido a atuação do Ministério Público no controle de constitucionalidade de leis municipais e/ou omissões municipais inconstitucionais? Tem utilizado os instrumentos jurídicos que lhe foram disponibilizados pela ordem jurídica, já que é dever seu defendê-la? Esse assunto tem sido debatido em reuniões direcionadas para a implementação do Planejamento Estratégico e de Planos Gerais de Atuação? No Ministério Público do Estado da Bahia, por exemplo, até o presente momento não se obteve resposta à provocação feita por email institucional à Procuradoria Geral de Justiça, à Secretaria Geral de Justiça e à Assessoria Especial sobre os dados numéricos referentes à propositura de ações diretas de inconstitucionalidade pelo Procurador Geral de Justiça, com destaque para as relativas às leis municipais que versem sobre contratação temporária.
- 8 Esta previsão também é encontrada nas Constituições do Estado de São Paulo (art. 90,§4º), Rio de Janeiro (art. 159,§2º), Espírito Santo (art. 112,§3º) e Paraná (art. 113,§1º) etc.
- 9 Sobre o assunto, confira-se o RE 187.142-STF.

* Promotor de justiça do Ministério Público do Estado da Bahia.

O Ministério Público e A Ampliação das Políticas Públicas para os Idosos Através de um número maior de Promotorias Especializadas

Vilson Farias ¹

1. Introdução

A longevidade da população é um fenômeno real que desafia há muito tempo os países ricos e vai por a prova, em curto prazo, a capacidade do setor público brasileiro, em áreas essenciais. As mudanças ocorridas na dinâmica demográfica mundial nos últimos anos são devidas ao declínio das taxas de fertilidade e mortalidade. Para tanto, segundo o IBGE “o envelhecimento da população fará com que o contingente de idoso dobre no país em duas décadas”. Este cenário, “exigirá mais do Rio Grande do Sul, onde o índice de pessoas com idade acima de 65 anos será de 18,14%, o mais alto do País”. ²

Não obstante, amplia-se uma “longevidade que deve ser saudada como resultante de uma série de fatores positivos”, mas que cobra, ao mesmo tempo, providências dos governos, atinentes aos direitos fundamentais dos idosos, eis que nos termos do Estatuto do Idoso em seu artigo 9º: “É obrigação do Estado, garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade. Ademais, o Estatuto impõe, ainda, em seu artigo 3º que é “obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do poder público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

Ressalta-se que para alguns, a estrutura gramática do referido texto legal “ autoriza a conclusão de que a obrigação de cuidado do idoso incumbe, primordialmente, à respectiva família, somente na ausência de familiares, ou absoluta falta de condições econômicas financeiras, a obrigação é repassada à comunidade, à sociedade e, por último, ao Poder Público. Contudo para outros, a obrigação é solidaria entre todos os cidadãos e o Poder Público a responsabilidade pela defesa dos direitos dos idosos, pois tal dispositivo não estabeleceu qualquer ordem entre os responsáveis pela defesa dos referidos direitos. ³

2. Aspectos Históricos.

Cumprir referir que a primeira lei brasileira especifica a assegurar os direitos da pessoa idosa foi a Lei nº. 8.842, de 4 de janeiro de 1994, a qual dispõe sobre a Política Nacional do Idoso, criando condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade. Além disso, a Política Nacional do Idoso encara o “envelhecimento como uma conquista da população brasileira, e objetiva também atender às necessidades básicas da população idosa no que se refere à habitação, saúde, previdência, lazer, trabalho e assistência

social”.⁴ Posteriormente, em 13 maio de 2002, foi criado o decreto 4.227, o qual institui o Conselho Nacional dos Direitos dos Idosos, órgão vinculado ao Ministério da Justiça, com competência para supervisionar e avaliar a Política Nacional do Idoso, entre outras funções relacionadas à matéria.

Outrossim, em 2004, entrou em vigor a Lei 10.741/2003, denominada Estatuto do Idoso, que consolidou a matéria jurídica aos direitos e garantias do cidadão idoso, “estabelecendo regras de direito público, privado, previdenciário, civil e processual civil, incluindo, ainda, a proteção penal do ancião, estabelecendo prioridade absoluta as normas protetivas ao idoso, elencando novos direitos e estabelecendo mecanismos específicos de proteção. Cumpre referir que o Estatuto constitui, sem dúvida alguma, a consagração legal da Política Nacional do Idoso”.⁵ Para tanto, a lei de Política Nacional do Idoso, bem como Estatuto do Idoso, considerou idosa a pessoa para efeitos legal com idade igual ou superior a 60 anos, utilizando critério biológico, como caráter absoluto, não diferenciando o idoso “capaz, que se encontram em plena atividade física e mental, do idoso senil ou incapaz, considerando-os, todos, sujeitos protegidos pela nova legislação”. Salienta-se que os direitos dos idosos estão contidos em nossa Constituição Pátria, em seu artigo 230, impondo a família, a sociedade e ao Estado o dever de amparar as pessoas idosas, garantindo-lhe o direito a vida e dignidade.

3. O Ministério Público na Proteção dos Direitos dos Idosos

Uma das funções relevantes do Ministério Público como instituição permanente, essencial a função jurisdicional do Estado, é sem dúvida a defesa dos direitos dos idosos, conforme determina dispositivos constitucionais e Estatuto do Idoso, nos termos de seu artigo 74. “Para alguns, a instituição passou a ser a guardiã natural dos direitos e interesses da pessoa idosa”.

⁶ Dessa forma, cabe ao Ministério Público promover medidas administrativas e judiciais, sempre que necessárias a garantia dos direitos dos idosos, através de inquérito civil, ação civil pública com pedido liminar quanto for de caráter urgente, medida de proteção cabível ao caso concreto, transação de alimentos, substituição processual nos direitos dos idosos, bem como atuar como fiscalizador das entidades governamentais e não governamentais de atendimento a idosos.

Cumpre informar, que o Ministério tem legitimidade de propor ação civil pública, quando o assunto versar sobre interesses difusos ou coletivos dos idosos. Além disso, sempre que o representante do Ministério Público verificar que os direitos dos idosos forem violados ou ameaçados “por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; por falta, omissão ou abuso da família, curador ou entidade de atendimento; em razão de sua condição especial”, conforme dispõe o artigo 43 do Estatuto do Idoso, aplicando as medidas de proteção tais como: “encaminhamento à família ou curador, mediante termo de responsabilidade, orienta, apoiar e acompanhar temporariamente, expedir requisições para tratamento de saúde”, dentro outras, com intuito de dar agilidade aos casos que muitas vezes não pode esperar até apreciação judicial. O Promotor de Justiça, ainda, poderá “celebrar as transações de alimentos, ocasião em que elaborará um termo de compromisso que será assinado por ele e pela parte, que passará a ter efeito de título executivo extrajudicial.”⁷

Para tanto, o Ministério Público tem atribuição juntamente com o Conselho do Idoso, Vigilância Sanitária a tarefa primordial e essencial de fiscalização das entidades de

atendimentos governamentais e não governamentais de atendimento aos idosos. Cabe a instituição tomar as devidas providências tais como suspensão destas entidades sem necessidade de processo judicial, sempre que encontrar irregularidades, tais como má habitação, profissionais não qualificados, falta de higiene, maus tratos, decretando a proibição do atendimento deste estabelecimento aos idosos em prol do interesse público. Ressalta-se que a fiscalização dos estabelecimentos que abrigam os idosos em regime asilar, “é uma das mais importantes atribuições do Ministério Público, haja vista a condição especial de vida dos idosos, os quais, além das mais variadas privações próprias da idade ainda encontram-se, geralmente, desamparados de seus familiares e impedidos de exercer plenamente os direitos referentes à cidadania.”⁸ Além disso, cabe ao promotor de justiça verificar aspectos jurídicos da casa, que deve conter alvará de funcionamento, estar regulamentada, inscrita nos programas de Vigilância Sanitária e no Conselho Municipal do Idoso, deverá firmar contrato de prestação de serviço com a pessoa idosa abrigada.⁹ Ressalta-se que é tarefa especial do Promotor de Justiça a tutela dos interesses dos idosos em situação de risco.

4. Políticas Sociais Públicas para Idosos

A lei 8.842, de 4 de Janeiro de 1994 dispõe sobre Política Nacional do Idoso e tem por objetivo “assegurar os direitos dos idosos, criando condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade, conforme prevê em seu artigo 1º:

I – A família, a sociedade e o Estado têm o dever de assegurar ao idoso todos os direitos da cidadania, garantido sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade, bem estar e o direito à vida;

II- o processo de envelhecimento diz respeito à sociedade em geral, devendo ser objeto de conhecimento e informação para todos

III- os idosos não devem sofrer discriminação de qualquer natureza;

IV- o idoso deve ser o principal agente e o destinatário de transformações a serem efetivadas através desta política;

“V- as diferenças econômicas, sociais, regionais e particularmente, as contradições entre o meio rural e o urbano do Brasil deverão ser observadas pelo poderes públicos e pela sociedade em geral, na aplicação da lei.”

Desta feita é garantido ao idoso a aplicação de Políticas Públicas no que diz respeito à área da saúde, devendo este ter garantido a assistência a saúde nos diversos níveis de atendimento do sistema único de saúde o SUS. Além disso, deve ser garantido aos idosos mecanismos que impeçam a discriminação dos idosos quanto sua participação no mercado de trabalho nos setores públicos ou privados, bem como o idoso deve ter a máxima prioridade nos benefícios previdenciários. Todavia, compete ao Ministério Público a promoção social e a coordenação geral da Política Nacional do Idoso com a participação estadual, Distrito Federal e Conselho Nacional do Idoso, os quais são responsáveis pela coordenação, supervisão e avaliação das políticas nacionais do idoso nas instâncias administrativas.

Conforme preceitua o artigo 9 do Estatuto do Idoso: “é obrigação do Estado, garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade”. Portanto a política

de atendimento ao idoso é essencial para que sejam cumpridas com êxito os benefícios legados aos idosos. Diante disso, o legislador adotou o sistema da “co-responsabilidade social, ligado ao princípio da indissolubilidade do vínculo federativo”, ou seja, os entes federativos elencados no art. 46 do Estatuto do Idoso, não podem ficar inertes devendo trabalhar em conjunto no atendimento aos direitos dos anciãos. Todavia, está previsto um rol das políticas públicas exemplificativo, estabelecido no artigo 47 do Estatuto do idoso, com intuito de promover a dignidade da pessoa humana, senão vejamos:

- I – políticas sociais básicas, previstas na [Lei nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994](#);
- II – políticas e programas de assistência social, em caráter supletivo, para aqueles que necessitarem;
- III – serviços especiais de prevenção e atendimento às vítimas de negligência, maus-tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão;
- IV – serviço de identificação e localização de parentes ou responsáveis por idosos abandonados em hospitais e instituições de longa permanência;
- V – proteção jurídico-social por entidades de defesa dos direitos dos idosos;
- VI – mobilização da opinião pública no sentido da participação dos diversos segmentos da sociedade no atendimento do idoso.¹⁰

Nesta esteira, cabe salientar que existem políticas públicas relevantes expressas em lei como vagas privativas em estacionamento conforme preceitua o artigo 41 do estatuto do idoso: “que sejam reservadas aos idosos 5% das vagas nos estacionamentos públicos e privados, as quais devem ser posicionadas de forma a garantir a comodidade do ancião”. (MENDES, p. 131, 2011). Cabe apontar, ainda, a Prioridade na tramitação processual, conforme dispõe o artigo 71 do Estatuto do Idoso, concedendo ao idoso a prioridade na tramitação dos processos, procedimentos e execução de todos os atos e diligências, em qualquer instância, nos quais figure como parte ou interveniente a pessoa com idade igual ou superior a 60 anos “(MENDES, p.143, 2011).

No entanto para obter a prioridade no feito o idoso deve requerer judicialmente, comprovando ter idade igual ou superior a 60 anos. Ressalta-se que a prioridade não cessa com a morte do ancião, estendendo-se assim à cônjuge ou companheira do de cujos. Além disso, a prioridade não é só para processos judiciais estendendo-se nos procedimentos administrativos, perante a Administração Pública em geral.

Ademais, os idosos têm o direito ao desconto na cobrança em ingressos nos eventos culturais, no mínimo de 50% do valor do ingresso, eis que os responsáveis pela organização de quaisquer atividades artística pública ou privada deverão providenciar o referido desconto, incluindo também cinemas, teatro, casa do show, boates dentre demais estabelecimentos. Além disso, devem sempre ser tomadas providências pelo Ministério Público como medidas protetivas, interdições judiciais, ação civil pública, quando verificado que o idoso esta em uma situação de risco devido sua condição peculiar. Para a Promotora de Justiça Diolinda Hannuch quando questionada em entrevista dada ao site de papo ao cidadão que ressalta “ que o pior desrespeito aos direitos dos idosos é o dentro de casa, quando este é tratado como um peso familiar, quando é deixado de lado, e é mal tratado, em razão da suas limitações que são naturais decorrentes da idade”. ¹¹

5. Ampliações e efetivação das Políticas Públicas através da criação de um número maior de Promotorias Especializadas com atribuição exclusiva para atendimento ao idoso.

Cumprir referir que em todas as Comarcas há promotores que estão incumbidos da tutela dos interesses difusos e coletivos indisponíveis dos idosos, no entanto, há uma necessidade extrema do governo criar um número maior de Promotorias de Justiça Especializada com atribuição exclusiva na área do idoso para que se possa ampliar a atuação do Ministério Público em prol dos idosos, conforme institui o artigo 74 do Estatuto do Idoso.

Contudo na prática as Promotorias Especializadas tem as tarefas dentre outras de “promove o encaminhamento de idosos a programas públicos de acompanhamento, seja na esfera da saúde, seja no âmbito da assistência social”, muitas vezes não necessitando de medidas judiciais para tanto, bem como cabe a instituição localizar quem possa responsabilizar pelo idoso incapaz, para dedicar os cuidados ou exercer a função de curador. Cabe, ainda, ao Ministério Público, encaminhar o idoso a instituição quando verificar que o mesmo vivencia uma situação de risco seja em pensões, asilos ou até mesmo na rua, uma vez que as maiorias destes idosos perderam o contato com os seus familiares e amigos, nomeando neste caso um curador dativo que será seu representante legal para todos os fins.

Ademais, sempre que os idosos sofrerem abusos psicológicos ou financeiros de familiares e cuidadores, chegando muitas vezes ao estado de penúria total, é possível que o Ministério Público determine a nomeação de um curador especial para administrar seus rendimentos. Certamente a implementação de um número maior de Promotoria do Idoso enfrentará incontestavelmente um grande desafio, tendo em vista o aumento da expectativa de vida, “gerando conseqüente aumento da população idosa, aliados à diminuição da família e ao crescente individualismo da pessoa”.

A criação de Promotoria Especializada ao idoso permite sem dúvida uma maior efetivação das Políticas Públicas sociais criadas para os idosos, eis que visa a garantir ao mesmo com maior prioridade a plenitude da saúde e da própria vida do idoso, durante referido processo natural, pois “não se trata de apenas da vida biológica e espiritual, mas da vida social, usufruída de acordo com o princípio da dignidade humana”, uma vez que cabe ao Poder Público e a sociedade evitar qualquer violação nesse sentido.

Um fenômeno que há muito desafia os países ricos vai pôr à prova, no curto prazo, a capacidade de gestão do setor público brasileiro em áreas essenciais. É o envelhecimento da população, numa perspectiva que, segundo o IBGE, fará com que o contingente de idosos dobre no país em duas décadas. Este cenário exigirá mais do Rio Grande do Sul, onde o índice de pessoas com idade acima de 65 anos será de 18,4%, o mais alto do país. Ampliasse, assim, uma longevidade que deve se saudada como resultante de uma série de fatores positivos. Mas que cobra, ao mesmo tempo, providências dos governos, em todos os níveis, e de todos os setores organizados da sociedade. É preocupante, por exemplo, que o Brasil esteja envelhecendo sem que Executivo e Congresso tenham enfrentado o déficit crônico da Previdência Social. O descompasso entre arrecadação e benefícios tem sido, em exemplos recentes, uma das causas da quebra de países que perderam a capacidade de sustentar a população inativa. A justa proteção a quem parou de trabalhar deve ser garantida não pela inércia, que vem adiando soluções, mas por iniciativas que evitem o agravamento de um rombo

que chegou a R\$ 42, 3 bilhões no ano passado. É enganosa, porque finge normalidade, a indiferença com que governo e Congresso enfrentam essa e outras questões decisivas para a qualidade de vida dos idosos. Também vem sendo negligenciada assistência à saúde, que enfrenta aumento de custos, com os avanços da medicina, e a redução de recursos públicos. Governos que sonham atenção à prevenção, exames, cirurgias e estrutura hospitalar sonham dos idosos o direito de desfrutar dos recursos oferecidos pela ciência à longevidade. Outras áreas, que envolvam estruturas de cultura e lazer, desafiam as administrações a implantar, como já ocorre em alguns Estados e municipais, instâncias específicas para a terceira idade. Diante da mudança de perfil das populações, governantes e comunidades terão de oferecer bem mais do que já dispõem, para que a velhice conte com ações efetivas de proteção social.¹²

6. Conclusão

Assim concluo:

Que o Ministério Público é tímido em relação as Políticas Públicas que favorece os idosos. Em face do Exposto, deve a instituição no âmbito Estadual e Federal empreende políticas que vão ao encontro dos interesse dos idosos em obediência ao que dispõe o artigo 127 da Carta Magna, pois o Ministério Público como instituição permanente, essencial a função jurisdicional do Estado tem a tarefa primordial de zelar pela defesa dos direitos dos idosos, cabendo a instituição tomar as devidas medidas judiciais, bem como administrativas sempre que necessário em prol dos direitos dos idosos, tendo legitimidade para propor ação civil publica, medida de proteção, transação de alimentos e atuar como fiscal dos estabelecimentos que abrigam os idosos em regime asilar, sendo nesse sentido uma das mais importantes de suas atribuições, devido a condição especial de vida dos idosos, os quais, além das mais variadas privações próprias da idade estão impedidos de exercer plenamente seus direitos fundamentais, sendo que as Promotorias destinam-se ao melhor cumprimento do papel do Ministério Público que propiciará ressalta-se uma maior efetivação na aplicação das políticas públicas. Conclui-se, ainda, que diante do fenômeno da longevidade, para que os idosos contem com ações efetivas de políticas públicas será necessário que o governo crie um número maior de Promotorias Especializadas para idosos, eis que as poucas que já dispõem são insuficientes para atender a demanda.

É oportuno citar e transcrever literalmente os ensinamentos da Dra. Maria Isolina Dabove Caramuto na Obra Los Derechos de Los Ancianos, os quais poderão ser muito importantes para as políticas públicas do Parquet: “ No hay que olvidar que, em la actualidad, existen numerosos programas de ayuda al anciano que tienen por objeto mejorar su inserción al medio. Así por ejemplo, ya existen escuelas para La tercera edad y cursos de preparación para La jubilación, ayudas a domicilio, sistemas de viviendas protegidas, créditos y bonificaciones especiales para jubilados; o, em general, planes de ayuda del voluntariado, que se están llevando a cabo em países como Holanda, Francia, Dinamarca, Suecia, Canadá o Estados Unidos, además de España, com muy buenos resultados. Habría que pensar entonces, hasta qué punto estas políticas de acción afirmativa no podrían ser integradas em um marco jurídico más sistematizado. De manera que los derechos de la ancianidad, reconocidos hoy em forma dispersa, puedan ser incorporados em um Derecho de La Ancianidad que enriquezca aún más las ramas tradicionales del mundo jurídico vigente.”¹³

7. Rerências Bibliográficas

Editorial Zero Hora, dia 02 de setembro de 2013;

FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes. Direitos e Garantias do Idoso. São Paulo: Editora Atlas S. A, 2011;

ANSANELLI JUNIOR, Angelo. Crimes do Estatuto do Idoso. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009;

FRANCO, Paulo Alves. Estatuto do Idoso. São Paulo: Editora Led de Direito Ltda, 2004;

RITT, Caroline e Eduardo. O Estatuto do Idoso. Aspectos Criminológicos e Penais. Porto Alegre: Editora: Livraria do Advogado Ltda, 2008;

GODINHO, Robson Renault. A Proteção Processual dos Direitos dos Idosos. Ministério Público, Tutela de Direitos Individuais e Coletivos e Acesso à Justiça. Rio de Janeiro; Editora Lumen Juris, 2010;

CARAMUTO, Maria Isolina Dabove Caramuto. Los Derechos de los Ancianos. Argentina, Buenos Aires: Editora Buenos Aires- Madrid; 2005

http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/6005/politica_idososlima.pdf acessado em 05/09/2013;

<http://portaldoenvelhecimento.org.br/noticias/diversos/a-atuacao-do-ministerio-publico-na-protecao-dos-direitos-do-idoso.html> acessado em 07/09/2013;

<http://portaldoenvelhecimento.org.br/noticias/diversos/a-atuacao-do-ministerio-publico-na-protecao-dos-direitos-do-idoso.html> acessado em 07/09/2013;

[Http://WWW.ampid.org.br](http://WWW.ampid.org.br) acessado em 07/09/2013;

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741compilado.htm acessado 07/09/2013

WWW.cidadaniaparatodos.com/publicação-403-direitos-de-pessoa-idosa-e-de-pessoa-comnecessidade acessado em 07/09/2013;

1 Doutor em Direito Penal pela Universidade de Buenos Aires (Argentina). Doutor em Direito Civil peã Universidade de Granada (Espanha). Pós-Doutorando pela Universidade de Buenos Aires (Argentina). Mestre em Direito Civil- Responsabilidade Civil- pela Universidade de Granada (Espanha), Pós Doutorado em Direito pela Universidade del Museo Social Argentino. Especialista em Ciências Criminais pela PUC RS. Licenciado em letras Português/Inglês pela Universidade Católica de Pelotas e Educação Moral e Cívica pela Universidade Federal de Pelotas. Promotor de Justiça aposentado. Ex-Delegado de Polícia. Membro do IBCrim. Membro da Sociedade Brasileira de Vitimologia. Advogado. Autor dos livros: Temas de Direito Criminal; Flamante Reforma do Código de Processo Penal; Comentários em torno das Reformas no Âmbito do Direito Criminal e Direito Administrativo atinentes à Lei de Trânsito (Lei 11.705/2008- Lei Seca). O Tribunal do Júri e os Delitos de Trânsito(Lei 11.705/2008- Lei Seca). O Tribunal do Júri e os Delitos de Trânsito(Dolo Eventual ou Culpa Consciente); Casos emblemáticos da atuação como Delegado de Polícia e Promotor de Justiça.

2 Editorial Zero Hora, dia 02 de setembro de 2013.

3 Junior, Roberto Mendes de Freitas, Direitos e Garantias do Idoso.

4 http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/6005/politica_idososlima.pdf acessado em 05/09/2013.

5 FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes , Direitos e Garantias do Idoso, Doutrina, Jurisprudência e legislação, Editora São Paulo S. A-2011

6 FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes , Direitos e Garantias do Idoso, Doutrina, Jurisprudência e legislação, Editora São Paulo S. A-2011

7 <http://portaldoenvelhecimento.org.br/noticias/diversos/a-atuacao-do-ministerio-publico-na-protecao-dos-direitos-do-idoso.html> acessado em 07/09/2013

8 <http://portaldoenvelhecimento.org.br/noticias/diversos/a-atuacao-do-ministerio-publico-na-protecao-dos-direitos-do-idoso.html> acessado em 07/09/2013

9 [Http://WWW.ampid.org.br](http://WWW.ampid.org.br) acessado em 07/09/2013

10 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741compilado.htm acessado 07/09/2013

11 [www.cidadaniaparatodos.com/publicação-403-direitos-de-pessoa-idosa-e-de-pessoa-comnecessidade](http://WWW.cidadaniaparatodos.com/publicação-403-direitos-de-pessoa-idosa-e-de-pessoa-comnecessidade) acessado em 07/09/2013.

[12](#) Editorial Zero Hora, día 02 de setembro de 2013.

[13](#) CARUMUTO, Maria Isolina Dabove Caramuto. Los Derechos de los Ancianos. Argentina, Buenos Aires: Editora Buenos Aires-Madrid; 2005, página 483.

Direitos Homoafetivos, Ministério Público e uma Pitada de Política Institucional

Carolina de Moura Cordeiro Pontes

Síntese Dogmática

De titular da ação penal e fiscal da lei, o Ministério Público ampliou suas atribuições sendo defensor de direitos coletivos e difusos, árduo fiscal da moralidade administrativa, regulador do processo eleitoral, passando a “protetor” das crianças/adolescentes, idosos, portadores de deficiência física e mulheres vítimas de violência. Recentemente, os homoafetivos emergiram de silêncio social e passaram a reivindicar direitos de casamento, adoção, registro de filhos, mudança de nome. A atuação do Ministério Público na defesa dos homoafetivos tem sido tímida e, por vezes, contrária ao princípio da dignidade humana. Em Pernambuco, o Ministério Público Estadual criou a Comissão de Direitos Homoafetivos, Política Institucional que está sedimentando ações positivas e esculpindo nova identidade para a instituição. Na última reunião ordinária, o Grupo Nacional de Direitos Humanos ligado ao Colégio Nacional de Procuradores Gerais (CNPGE), sensível à urgente necessidade, sugere aos Procuradores Gerais de Justiça de cada Estado a criação de Comissões de Direito à Diversidade Sexual. Cabe, agora, efetivar tal Política Institucional nos Estados, mantendo o Ministério Público enquanto defensor da Ordem Jurídica, da Democracia e dos Interesses Sociais e Individuais Indisponíveis.

Introdução

De titular da ação penal e fiscal da lei, ampliou o Ministério Público, após a Constituição Federal/88, seu eixo de atribuições, destacando-se na atuação e defesa dos direitos difusos e coletivos do meio ambiente, do consumidor, da ordem urbanística, no combate à improbidade administrativa e na fiscalização da regularidade eleitoral.

Foi alçado “protetor” das mulheres vítimas de violência [lei Maria da Penha, arts.25 e 26], das crianças e adolescentes [Estatuto da Criança e dos Adolescentes, art.200], dos idosos [Estatuto do Idoso, arts.73-77] e dos portadores de necessidades especiais [Lei nº7853/89, art.6º].

Coube-lhe, ainda, exemplificativamente, o controle externo da atividade policial, a promoção de ações de inconstitucionalidade em face de leis, representações de inconstitucionalidade para fins de intervenção, além da fiscalização de estabelecimentos prisionais, fundacionais e entidades que prestem serviço de finalidade pública.

As atribuições do Ministério Público são dinâmicas na medida em acompanham a consolidação da [jovem] democracia brasileira, com os desafios e novidades inerentes ao processo de amadurecimento. Integram a tarefa fundamental do Estado Democrático que “consiste em superar as desigualdades sociais e instaurar um regime democrático que realize a Justiça Social”.¹

Em meio a essa marcha evolutiva, observa-se no cenário social maior visibilidade de grupo vulnerável que padece, ainda, da proteção integral e institucionalizada do Ministério Público. Os homoafetivos emergiram de silêncio secular e desejam ver casamento, filhos, herança e demais direitos reconhecidos pelo Estado Social que prima pela igualdade e dignidade da pessoa humana.

Diante desse novo desafio, torna-se inevitável e urgente a instituição de Política Institucional dos Ministérios Públicos Estaduais voltadas a esse segmento que se autodenomina LGBT (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais, Travestis e Transexuais). Nesse sentido, agiu o Ministério Público do Estado de Pernambuco, conforme a seguir se historiza.

1. Da Comissão de Direitos Homoafetivos do Ministério Público de Pernambuco

Em 31 de outubro de 2012, de maneira pioneira, o Ministério Público do Estado de Pernambuco cria a Comissão para Promoção dos Direitos Homoafetivos².

Integrada por catorze Promotores de Justiça, de todas as entrâncias e diversas circunscrições do Estado, a Comissão foi instituída para, através de múltiplas ações, formular e auxiliar na implementação de ações institucionais para garantia do Direito à liberdade de orientação sexual e à identidade de gênero.

A partir de reuniões mensais, os integrantes da Comissão debatem, analisam e executam ações a partir de três eixos iniciais: união estável/casamento homoafetivo [promoção e efetivação desse Direito Civil], Direito dos Transgêneros [cirurgia de readequação de sexo e mudança de nome civil] e combate à Homofobia.

Entre as ações efetivas, encontra-se a expedição de ato administrativo do Procurador Geral de Justiça, recomendando aos Promotores de Justiça de Pernambuco que:

1. Manifestem-se nas demandas que impliquem em direitos da cidadania homoafetiva e de direitos de família que envolvam pessoas do mesmo sexo; e
2. Observem e fiscalizem o cumprimento do disposto na Resolução do Conselho Nacional de Justiça nº 175, de 14 de maio de 2013, e na Súmula Vinculante proferida pelo Supremo Tribunal Federal nas ADI 4277 e ADPF 132, nos procedimentos de habilitação para casamento civil ou conversão da união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo. [Recomendação REC-PGJ nº 004/2013, datada de 01º de julho de 2013 e publicada no DOE-PE de 04 de julho de 2013.

Além disso, com termo inicial marcado para setembro de 2013, oito de doze Circunscrições do Ministério Público, receberão nas respectivas sedes um “encontro de direito homoafetivo”, através do qual temas relacionados ao direito homoafetivo (aspectos jurídicos, sociais e políticos) serão debatidos pelos Promotores, Servidores e integrantes da Sociedade Civil.

Em maio de 2013, o Conselho Nacional de Procuradores de Justiça (CNPJ), na reunião plenária do Grupo Nacional de Direitos Humanos, aprovou proposta de criação [no âmbito de cada Ministério Público Estadual] de uma Comissão de Direito à Diversidade Sexual, nos seguintes termos:

Criação no âmbito dos Ministérios Públicos da Comissão de Direito à Diversidade Sexual. JUSTIFICATIVA – A criação no âmbito dos Ministérios Públicos, da Comissão

de Direito à Diversidade Sexual, visa garantir os direitos da comunidade LGBT, promover estudos a respeito da liberdade de orientação sexual e de identidade de gênero na esfera do Direito, atuando na formulação e auxílio à implementação de ações institucionais para a garantia do Direito à liberdade de orientação sexual e à identidade de gênero

Considerando a fase embrionária da Política Institucional do Ministério Público na defesa dos Direitos Homoafetivos, não é incomum achar na atividade ministerial, atuações em sentido contrário.

2. Recentes (Contra)Atuações do Ministério Público

Em 01º de dezembro de 2011, o Ministério Público Federal, através de Procuradores da República, lotados no Rio de Janeiro, promoveu Ação Civil Pública [nº 0018794-17.2011.4.02.5101] em face do Conselho Federal de Psicologia e Conselho Regional de Psicologia da 5ª Região, a fim de ver anulada a resolução nº 01/99³, a qual estabeleceu normas de atuação para os psicólogos em relação a tratamentos destinados à orientação sexual dos pacientes.

Alega o Ministério Público Federal que a referida resolução impede que psicólogos atendam homoafetivos que desejem mudar voluntariamente de orientação sexual, havendo, inclusive a possibilidade de aplicação de sanções aos que desrespeitarem esta norma. Na prática, insinuam os Procuradores da República que a homossexualidade refoge dos parâmetros de normalidade, devendo ser prestado auxílio psicológico àqueles que pretendem “se curar”, “tornando-se heterossexuais”.

Com esses argumentos, o Ministério Público Federal pugnou pela 1. nulidade parcial da Resolução nº 01/99 , com o fim de os réus se abstenham de aplicar a referida resolução na parte que veda a prestação de orientação profissional psicológica aos que desejem alterar sua opção sexual; 2. a nulidade de todos os processos éticos de competência dos réus que tenham como objeto sanções aplicadas a profissionais que orientem quem voluntariamente os procurem para modificar sua orientação sexual e 3. publicação do teor da sentença ou acórdão nos sites oficiais, além de notificar os psicólogos inscritos em seus quadros da decisão final proferida.

Em 20 de maio de 2013, o Juiz Federal da 5ª Vara, Firly Nascimento Filho, julgou improcedente o pedido perseguido pelo Ministério Público Federal⁴. Segue excerto da Irretocável decisão:

Analisando perfunctoriamente os artigos acima descritos, verifico que estão consentâneos com as determinações contidas na Lei nº 4.119/62, pois têm como objetivo a preservação da dignidade da pessoa humana através do repúdio à prática de atos que fortaleçam discriminações com base em orientação sexual. Ora, é essência do princípio da igualdade a proibição de tratamentos discriminatórios, ou seja, a aplicação de medidas que tenham como objetivos prejudicar, restringir ou anular o gozo e o exercício de direitos e liberdades fundamentais em qualquer campo da vida pública ou privada do ser humano. E os artigos acima referenciados cumprem essa função com perfeição.

(...)

Não sendo doença, modernamente entende-se que trata-se de uma opção sexual que, numa democracia, pode ser exercida livremente, de acordo com as concepções pessoais do indivíduo. É certo que remanescem na sociedade, instintos discriminatórios, que não podem ser tolerados, pois cabe ao Estado proteger as minorias dos ataques das maiorias.

(...)

A boa doutrina e a jurisprudência, capitaneada pelo precedente referido acima indicam que a opção sexual tem plena proteção no ordenamento constitucional vigente. Verifica-se, nessa trilha, que a resolução emanada do egrégio Conselho Federal de Psicologia não padece de qualquer vício

ISTO POSTO, JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO [destaques acrescentados]

Noutro giro, em recente episódio datado de 12/08/13, amplamente divulgado pelas redes sociais e pela imprensa nacional⁵, em Santa Catarina, o Ministério Público Estadual, através de Promotoria da Capital, ao se manifestar, em habilitação de casamento de duas mulheres, assim argumentou:

Em se tratando de situação, por óbvio, indisputavelmente anômala, posto protagonizada por pessoas do mesmo sexo – o chamado casamento gay ou para ser “politicamente correto”, união homoafetiva – refugindo assim, dos mais comecinhos parâmetros da normalidade (...).

Com clareza de fustigar a visão – a dispensar, assim, fogosos malabarismos exegéticos ou extenuantes ensaios de hermenêutica-, o ordenamento jurídico em vigor no país prestigia a união estável ou entidade familiar, sim, se compostas por homem e mulher!

Como no Código Civil de 2002 – arts.1514 e 1723, caput.

Como na Lei nº 9278/1996, art.1º.

E como, notadamente, na Constituição da República – Lei Maior -art.226, §3º, Constituição Federal.

Resta impugnada a habilitação de casamento submetida a referendo, ex positis.

[destaque sublinhado acrescentado e destaque em negrito conforme original]

Ao invés de se perseguir punição contra o Membro Ministerial, como pretende a Comissão da Diversidade Sexual da OAB de Santa Catarina (que enviou ofício à Corregedoria do Ministério Público)⁶, o episódio deveria servir para reflexão, seguida da inevitável conclusão de se disseminar e espalhar as comissões de diversidade sexual, recomendadas pelo Grupo Nacional de Direitos Humanos (do Conselho Nacional dos Procuradores Gerais de Justiça).

Conclusões

Um novo desafio se apresenta ao Ministério Público: um grupo de atores sociais cuja vulnerabilidade se define na orientação da sexualidade diversa da heteronormatividade. Pessoas que não se identificam no sistema binário masculino-feminino, nem se enquadram nas concepções tradicionais de reprodução, e, por isso, sofrem discrimine injustificado da sociedade.

Aos conhecimentos de direito ambiental, do consumidor, de execução penal, do idoso, da

criança e do adolescente, de improbidade administrativa, de direito penal, cível, constitucional [...] deve o Promotor acrescer conhecimentos na área da sexualidade humana. Saber distinguir orientação sexual de identidade de gênero, as diferenças que permeiam os que se identificam como transexuais ou como travestis (seriam sinônimos?) ou mesmo qual o significado da intraduzível expressão “genderqueer”.

Todavia, a imersão para defesa dos direitos homoafetivos não deve acontecer tão somente de forma individual e isolada (pelo Promotor de Justiça). Ao revés, deve ser fruto de um planejamento institucional, com definição de objetivos e estratégias de atuação. Como bem explica o Promotor de Justiça e Jurista Carlos Roberto de C. Jatahy⁷:

Com o aumento exponencial de suas atribuições, o Novo Ministério Público, como qualquer outro organismo ou corporação, deve estabelecer objetivos e metas prioritárias nas diversas áreas de atuação institucional (...). Deve mobilizar seus integrantes para a consecução de resultados concretos, planejados e que se coadunem com os anseios da sociedade. (...). A mobilização da classe para o cumprimento de objetivos comuns acarreta imensa produção de conhecimento, por meio de trocas de experiências e de reflexão/atuação conjunta, tendo como consequência imediata maior eficiência e efetividade do Ministério Público.

Anote-se que a Ordem dos Advogados do Brasil possui uma Comissão de Diversidade Sexual em cada capital do país, e algumas em diversas cidades do interior⁸. E como diz o mencionado Carlos Roberto⁹: “Cabe refletir como alcançar os patamares de excelência exigidos pela sociedade contemporânea, tendo em mente que as instituições que não exercem suas funções a contento tendem a serem suplantadas por outras”.

Assim, restam necessários novos parâmetros de atuação institucional com relação à defesa dos Direitos Homoafetivos pelos Ministérios Públicos Estaduais. Entre elas, a criação de Comissões de Direitos Homoafetivos preenche os requisitos de racionalidade administrativa, informação, ética, debate e planejamento com objetivos pré-ordenados.

Referências Bibliográficas

CHAVES, Cristiano et al. Temas atuais do Ministério Público: A Atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008

[MAZZILLI, Hugo Nigro. Os Limites da Independência Funcional no Ministério Público. Artigo disponível em http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/limitesindep.pdf](http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/limitesindep.pdf). Acesso em 25 de agosto de 2013.

RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves (org.). Ministério Público: Reflexões sobre princípios e funções institucionais. Atlas: São Paulo, 2010.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 09ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994

[MAZZILLI, Hugo Nigro. Os Limites da Independência Funcional no Ministério Público. Artigo disponível em http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/limitesindep.pdf](http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/limitesindep.pdf). Acesso em 25 de agosto de 2013.

Notícias de Imprensa Referidas

Casal Gay entra na justiça após Promotor cancelar casamento. Notícia publicada pelo portal G1. Versão eletrônica disponível em <http://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2013/08/casal-gay-entra-na-justica-apos-promotor-cancelar-casamento.html>

Acesso em 25 de agosto de 2013.

OAB-SC exige ação contra Promotor que negou casamentos gays. Notícia publicada pelo portal G1. Versão eletrônica disponível em <http://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2013/08/oab-sc-exige-acao-contra-promotor-que-negou-casamentos-gays.html>. Acesso em 25 de agosto de 2013.

Promotor é contrário a recomendação da Corregedoria Geral de SC e tem conduta questionada em Florianópolis. Pelo menos sete casamentos foram barrados desde junho deste ano na capital. <http://www.clicrbs.com.br/especial/sc/jsc/19,6,4244833,Conduta-isolada-de-promotor-do-Ministerio-Publico-de-SC-dificulta-casamento-homoafetivo-em-Florianopolis.html>. Acesso em 28 de agosto de 2013.

1 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 09ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p.110

2 Portaria PGJ nº 1769/2012, datada de 31 de outubro de 2012

3 Art. 3º - Os psicólogos não exercerão qualquer ação que favoreça a patologização de comportamentos ou práticas homoeróticas, nem adotarão ação coercitiva tendente a orientar homossexuais para tratamentos não solicitados. Parágrafo único – Os psicólogos não colaborarão com eventos e serviços que proponham tratamento e cura das homossexualidades.

Art. 4º - Os psicólogos não se pronunciarão, nem participarão de pronunciamentos públicos, nos meios de comunicação de massa, de modo a reforçar os preconceitos sociais existentes em relação aos homossexuais como portadores de qualquer desordem psíquica. [artigos da resolução que resumem a controvérsia]

4 Sentença disponível no sítio eletrônico da Justiça Federal Seção Judiciária do Rio de Janeiro -

<http://procweb.jfrj.jus.br/portal/consulta/resconsproc.asp> - a partir do número da ação civil pública. Acesso em 20 de agosto de 2013.

5 Disponível em <http://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2013/08/casal-gay-entra-na-justica-apos-promotor-cancelar-casamento.html> . Acesso em 25 de agosto de 2013.

6 OAB-SC exige ação contra Promotor que negou casamentos gays. Notícia publicada pelo portal G1. Versão eletrônica disponível em <http://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2013/08/oab-sc-exige-acao-contra-promotor-que-negou-casamentos-gays.html>. Acesso em 25 de agosto de 2013

7 JATAHY, Carlos Roberto de C. **O Novo Ministério Público e suas perspectivas no Estado Democrático de Direito**. In: CHAVES, Cristiano et al. Temas atuais do Ministério Público: A Atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008.p.15

8 Informação disponível no site de Direito Homoafetivo.<http://www.direitohomoafetivo.com.br/comissoes.php>. Acesso em 28 de agosto de 2013.

9 JATAHY, Carlos Roberto de C. **O Novo Ministério Público e suas perspectivas no Estado Democrático de Direito**. In: CHAVES, Cristiano et al. Temas atuais do Ministério Público: A Atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008.p.16

* Promotora de Justiça do Estado de Pernambuco

Mestre em Ciências Sociais pela UFCG

Legitimação do Ministério Público Estadual

para atuar nas Cortes Superiores¹

*Celso Jerônimo de Souza**

*Patrícia de Amorim Rêgo***

1. Introdução.

Com o advento da Constituição Federal em 05 de outubro de 1988, tem sido voz corrente que o Ministério Público foi uma das instituições que mais se fortaleceu, recebendo do constituinte uma variada gama de atribuições, poderes e ferramentas para viabilizá-las, sendo alçado à condição de instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, com a missão primária de tutelar a ordem jurídica, o regime democrático, os interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art.127).

Cometendo-lhe tantas responsabilidades, para bem desincumbí-las, o constituinte originário conferiu aos seus membros as mesmas garantias asseguradas aos membros da magistratura, estabelecendo, antes disso, que a instituição se orienta pelos princípios da unidade, indivisibilidade e a independência funcional, além de ser depositária de autonomia administrativa e financeira (CF, art. 128, § 5º).

A Carta Magna definiu a sua abrangência, afirmando que se divide em Ministério Público da União e dos Estados (CF, art. 128), aquele se classificando em Ministério Público Federal, do Trabalho, Militar, do Distrito Federal e Territórios. Arrolou as suas funções institucionais no art. 129, entre elas, a titularidade e primazia no exercício da Ação Penal Pública, promoção do inquérito e Ação Civil Pública (para a defesa do patrimônio público e social, meio ambiente, criança e adolescente, idoso, populações indígenas, saúde, educação, consumidor, etc.), ação de inconstitucionalidade, representação para fins de intervenção da União e dos Estados, controle externo da atividade policial, a requisição para se instaurar inquérito policial, etc.

Para a plenitude na defesa de temas tão caros à sociedade é que se facultou ao Ministério Público as ferramentas processuais consideradas indispensáveis para este desiderato.

Sendo assim, teria o constituinte pretendido, em algum momento, criar obstáculos ou uma espécie de corrida de revezamento, como numa maratona esportiva, entre o Ministério Público dos Estados e o da União, sob o risco de prejuízo ou insucesso da tutela?

2. Recurso Especial e Reclamação.

Esgotadas as vias recursais ordinárias, se a decisão contrariar ou negar vigência a tratado ou lei federal; validar ato de governo refratário à lei federal, ou quando der a esta interpretação em desacordo com a que lhe conferiu outro tribunal será passível de impugnação pela via extraordinária, mediante recurso especial dirigido ao Superior Tribunal de Justiça, conforme preconiza o artigo 105, III, alíneas “a”, “b” e “c”, da Constituição Federal, ao qual

competete dizer a última palavra sobre o exato sentido, alcance e vontade do texto de lei federal, sendo, portanto, o seu guardião.

Se o Supremo Tribunal Federal é o guardião da Lei Maior, ao Superior Tribunal de Justiça foi cometida a missão de manter a autoridade da lei federal e, para isso, terá que decifrar o seu conteúdo, o que se costuma definir como interpretação e consiste em *revelar o pensamento que anima suas palavras*, no dizer de Clóvis Beviláqua² ou atribuir-lhe um significado e alcance.

O recurso especial não é o único instrumento de controle das decisões proferidas nas instâncias ordinárias, havendo, ainda, a Reclamação Constitucional.

Conquanto esta não seja classificada como recurso, sua natureza jurídica é de uma ação autônoma de impugnação objetivando, no âmbito do STJ, preservar sua competência ou garantir a autoridade das suas decisões (CF. art. 105, f).

1.1. Legitimidade ativa do Ministério Público estadual e interesse específico.

Não há nenhuma dúvida quanto à legitimidade do Ministério Público Estadual para interpor recurso especial perante o Tribunal de Justiça local, tendo como destinatário o STJ, nas causas que desafiam sua intervenção na condição de parte ou *custos legis*, corolário do que dispõem os artigos 5º, LIV, LV e 127, *caput*, 129, da Constituição Federal, arts. 82, 499, § 2º, do CPC, arts. 277 e 577, do CPP, art. 25, III, IV, V, IX, da Lei 8.625/93.

Se por um lado, a legitimidade do Ministério Público das unidades federativas para aviar o apelo extremo contra acórdãos proferidos pelas Cortes de Justiça dos Estados é questão pacífica e tranquila, tanto doutrinária quanto pretoriana, por outro, impugnar decisões perante o STJ ou oferecer reclamação objetivando preservar a competência e autoridade das suas decisões ainda enfrenta resistência, pelas mesmas razões ou fundamentos utilizados para recusar sua legitimidade para produzir sustentação oral nos seus recursos.

Há quem sustente que é inviável o Ministério Público dos Estados atuar perante os tribunais superiores, porque o artigo 103, § 1º, da *lex major* estabelece que o chefe do Ministério Público Federal será ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do STF e, ainda, pelo fato de o presidente da República, quando recebeu a **Lei 8.625, de 12 de fevereiro de 1993**, para sanção, ter vetado o inciso IV do seu artigo 29, que tinha a seguinte redação:

Art. 29. Além das atribuições previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, compete ao Procurador-Geral de Justiça:

[...]

IV – Ocupar a tribuna das sessões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça para formular requerimentos, produzir sustentação oral ou responder às perguntas que lhe forem feitas pelos Ministros, nos casos de recursos ou de interesse específico do Ministério Público local.

Não bastasse isso, dizem os defensores da tese recusatória, invocando o imperativo contido no artigo 37, I, da **Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993**, que o *Ministério Público Federal exercerá suas funções nas causas de competência do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça...* e o **Art. 46**, do mesmo Diploma dispõe: *Incumbe ao Procurador-Geral da República exercer as funções do Ministério Público junto ao Supremo*

Tribunal Federal, manifestando-se previamente em todos os processos de sua competência, este nada mais representa senão a regulamentação do art. 103, § 1º, da CF, não traduzindo nenhuma novidade. Que MP se reporta a LC? Na melhor das hipóteses, o da União e somente este.

Para vetar o dispositivo legal, o presidente entendeu que a atuação junto às referidas Cortes de Superposição seria exclusiva do Ministério Público Federal e tendo em vista o princípio federativo, somente este poderia atuar perante os tribunais federais, enquanto os Ministérios Públicos Estaduais estariam jungidos às cortes de justiça estaduais.

A propósito desse veto, invocado pela Ministra Ellen Gracie no julgamento da Reclamação 7.358-SP, para rejeitar a tese da legitimidade do MP dos Estados-membros de atuar no Pretório Excelso, quando indagou se a Corte estaria *derrubando o veto presidencial*, o Ministro Celso de Mello respondeu o seguinte:

O veto do Presidente da República apenas impediu que se convertesse em lei uma proposta de direito novo. Ademais, nós estamos interpretando a Constituição, e fazendo-o a partir de alguns postulados essenciais: um, de ordem estrutural, que é o princípio da Federação, e outro, de caráter orgânico, que são os postulados institucionais da unidade e da indivisibilidade do Ministério Público, ambos de extração constitucional.

Sem embargo disso, o mesmo chefe da Nação, três meses e oito dias após o referido veto, sancionou o **artigo 37, parágrafo único**, da **Lei Complementar n. 75/93**, que consagra hipótese inversa, admitindo a possibilidade do MPF atuar nos tribunais estaduais, especialmente, para interpor recurso extraordinário contra decisões locais proferidas em sede de representação por inconstitucionalidade.

Se a premissa do princípio federativo constitui obstáculo jurídico suficiente para não se admitir a atuação do *Parquet* estadual, por que não se adotou a mesma linha de raciocínio, por força de outro princípio, o da simetria, para vetar a possibilidade do *Parquet* federal acionar a justiça estadual?

Ademais, é possível extrair do texto constitucional, quando diz que o Procurador-Geral da República **será ouvido** nas ADIs, bem como em todos os processo da competência do STF, que essa audição se dará na qualidade ou posição de *custos legis* ou fiscal da lei, vale dizer na condição de órgão interveniente. No particular, não se discute a exclusividade. Decerto que a atribuição para fiscalizar é reservada de forma privativa ao Ministério Público Federal.

Não se mostra acertado afirmar, com amparo no referido dispositivo constitucional, que foi intenção do constituinte original afastar a legitimação do MP Estadual de ali postular na posição de parte, especialmente, nas matérias de sua atribuição específica consagradas pela ordem jurídica. Não tem sentido, gerando perplexidade jurídica, que um processo inaugurado na primeira instância, depois de superada todas as fases nesta e na segunda instância envolvendo as hipóteses do art. 127, *caput* da CF, o *Parquet* dos Estados-membros, como num passe de mágica, perca a legitimidade para nele prosseguir nas instâncias extraordinárias.

No particular, o decano da Suprema Corte, Ministro Celso de Mello, por ocasião do julgamento da citada Reclamação 7.358-SP, deixou assentado: **Para que se viabilizem as funções institucionais do Ministério Público dos Estados-membros, impõe-se que se lhe reconheçam os meios, inclusive os de ordem processual, que legitimem a sua atuação**

perante qualquer instância de poder.

Não é só isso. Nem mesmo a redação do artigo 37, I, da LC 75/93, tantas vezes citada, para atestar ou afiançar que é prerrogativa do MPF a atuação exclusiva nas Cortes Superiores teria consistência jurídica para excluir a capacidade postulatória nesses pretórios do *Parquet* estadual. De fato. Nessa senda, qual seria, então, o conceito ou alcance da expressão **causas de competência** do STF ou STJ contida no sobredito ato normativo?

O recurso especial ou extraordinário agitado pelos Ministérios Públicos Estaduais poderia ser abrangido pelo conceito de *causas de competência* originária dessas Cortes, quando a sua gênese é das instâncias ordinárias, isto é, da justiça local em que tais instituições têm assento funcional?

Nesse contexto, forçoso asserir que a construção teórica utilizada para negar a legitimidade do *Parquet* dos Estados-membros parece falaciosa. Por falar em falácia, cumpre não perder de vista que ela se caracteriza como um tipo de raciocínio indevido, indutivo ou dedutivo, que até parece bem construído, porém, não segue, com rigor, as regras da lógica, servindo como exemplo, muitas vezes citado, aquele que diz: *Deus é amor. O amor é cego. Stevie Wonder é cego, logo Stevie Wonder é Deus.*

Com efeito, cabe lembrar, pela pertinência, o magistério doutrinário de **Hugo Nigro Mazzilli**³, expoente do Ministério Público de São Paulo, quando leciona que:

Assim como a lei acertadamente previu em casos restritos a atuação do Ministério Público Federal na justiça local, deve-se admitir a igualmente excepcional hipótese inversa, ou seja, situações em que convenha compareça o Ministério Público local diante de um tribunal federal. Afinal, seus recursos e inúmeras matérias de seu interesse institucional direto acabam desaguando os mais altos pretórios, sendo muito proveitoso que a lei mais cedo ou mais tarde assegure essa modalidade de atuação, para quando possa ser útil um esclarecimento sobre a matéria de fato ou de direito, em adminículo das razões já oferecidas.

Não serve, igualmente, o argumento segundo o qual, admitir como legítima a atuação do MP das diversas unidades federativas no STJ, poderia significar a estadualização do Sodalício, em descompasso com a sua vocação constitucional de corte nacional e unificadora. Esse receio se afigura absolutamente superado, até porque o constituinte na eclética composição da Corte deixou positivada essa hipótese, quando cogitou que **parcela significativa dos seus membros** virá dos Tribunais de Justiça e Ministérios Públicos Estaduais (CF, art. 104).

1.2. Posição recente do STF e STJ.

Já sustentamos, em outras ocasiões, que apesar do veto presidencial ao inciso IV do artigo 29, da Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, nada impede, antes recomenda, que o Ministério Público Estadual, nos recursos que interpuser ou responder, se reconheça a sua legitimidade para produzir sustentação oral inclusive nas Cortes Superiores (vide, a propósito, artigo de nossa autoria sob o título de “**Sustentação Oral do Ministério Público nos Tribunais**”, publicado pela Revista Prática Jurídica da Editora Consulex, Ano II – nº 21, de 31 de dezembro de 2003, páginas 58/65, e artigo “**Decisões dos Juizados Especiais e controle pelos Tribunais Superiores**”, publicado pelo Informativo da Revista Consulex, edição nº 17, de 23/04/2012, páginas 04/11).

Os núcleos das teses defendidas se assentam na premissa de que nas Cortes de

Superposição, em recurso especial ou extraordinário interposto ou respondido pelo *Parquet* da unidade federativa, ao ocupar a tribuna para esclarecer fatos que permeiam o processo, o faz na condição de parte, enquanto o Ministério Público Federal, por meio do Procurador-Geral ou Subprocurador-Geral da República oficia na qualidade de *custos legis*. Portanto, com funções distintas. Não há dúvidas, sendo inegável que perante o STF e o STJ atua como fiscal da lei apenas e tão somente o Ministério Público Federal, conforme a exegese dos artigos 103, § 1º da Carta Política e art. 37, I, c/c 46 da LC 75/93.

Até mesmo a noção de exclusividade consagrada ao Ministério Público da União, através do PGR, como legitimado ativo nas causas da competência originária das sobreditas Cortes, não mais se sustenta, a partir do julgamento da Reclamação 7.358-SP, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 24/02/2011, interpretando a Carta Republicana, em votação majoritária, reconheceu a legitimidade ativa autônoma do Ministério Público estadual para propor reclamação diretamente na Corte, deixando evidenciado, com isso, que essa atuação não ofende o princípio federativo. Pelo contrário, está em sintonia com ele.

Com efeito, a digna Relatora, Ministra Ellen Gracie, somente admitira a reclamação aviada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo porque ratificada pelo Procurador-Geral da República, afirmando que o vício estaria sanado quando este assumiu a reclamatória, surgindo a partir daí o debate acerca da legitimação, iniciado pelo Ministro Marco Aurélio, o qual asseverou *que havendo o Ministério Público Estadual atuado na primeira instância, na segunda instância, e vislumbrando desrespeito a Súmula da Corte, é parte legítima para chegar ao Supremo via reclamação*, tese que recebeu apoio do Ministro Cesar Peluso.

Por seu turno, o Ministro Celso de Mello, no seu voto, foi contundente ao deixar consignado que:

Entendo, na linha de anteriores decisões por mim proferidas (Rcl 7.246/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), que o Ministério Público estadual dispõe, ele próprio, de legitimidade para ajuizar reclamação, em sede originária, perante o Supremo Tribunal Federal, quando atua no desempenho de suas prerrogativas institucionais, e no âmbito de processo cuja natureza justifique a sua formal participação, quer como órgão agente, quer como órgão interveniente.

Não tem sentido, por implicar ofensa manifesta à autonomia institucional do Ministério Público dos Estados-membros, exigir-se que a sua atuação processual se faça por intermédio do Senhor Procurador-Geral da República, que não dispõe de poder de ingerência na esfera orgânica do “Parquet” estadual, pois lhe incumbe, unicamente, por expressa definição constitucional (CF, art. 128, § 1º), a Chefia do Ministério Público da União.

É importante assinalar, porque juridicamente relevante, que o postulado da unidade institucional (que também se estende ao Ministério Público dos Estados-membros) reveste-se de natureza constitucional (CF, art. 127, § 1º), a significar que o Ministério Público estadual não é representado – muito menos chefiado – pelo Senhor Procurador-Geral da República, eis que é plena a autonomia do “Parquet” local em face do eminente Chefe do Ministério Público da União.

Mostra-se fundamental insistir na asserção de que o Ministério Público dos Estados-membros não está vinculado nem subordinado, no plano processual, administrativo e/ou institucional, à Chefia do Ministério Público da União, o que lhe confere ampla

possibilidade de postular, autonomamente, em sede de reclamação perante o Supremo Tribunal Federal [...] Para que se viabilizem as funções institucionais do Ministério Público dos Estados-membros, impõe-se que se lhe reconheçam os meios, inclusive os de ordem processual, que legitimem a sua atuação perante qualquer instância de poder. (grifo do autor)

Insatisfeito, o eminente Ministro acrescentou: “**Também reconheço** a legitimação do Ministério Público Estadual para recorrer, **no** Supremo Tribunal Federal, **contra** decisões de seus Relatores que, por exemplo, **neguem** trânsito a **uma dada** reclamação **aqui ajuizada** pelo próprio *Parquet* local” (grifo do autor).

Muito elucidativo e profundo, sob o ponto de vista da densidade jurídica, foi o voto-vista do Ministro **Ayres Britto**, valendo destacar o seguinte fragmento:

A nossa Constituição Federal habilita, sim, o Ministério Público dos Estados para ajuizar reclamação perante o STF. E o faz por virtude ou força própria dele, MP estadual, e não pela participação ratificadora do PGR. É porque na matéria, é do meu pensar que a Magna Carta Federal primou pela montagem do seguinte esquema de proposições normativas.

I- estruturou o Ministério Público sob a forma de instituição-gênero, compartimentada em duas espécies: o Ministério Público da União e o Ministério Público dos Estados (incisos I e II do art. 128); este último unitariamente concebido e, aquele, subdividido em ramos. A cada tipo de MP correspondendo uma lei complementar de matriz parlamentar diversificada, devido à natureza federal daquela que dispõe sobre a estruturação do MP da União, em paralelo com a natureza estadual da lei que dispõe sobre a segunda espécie de MP.

[...]

III- erigiu toda a ordem jurídica, na clara acepção de sistema de direito positivo ou ordenamento jurídico, como a primeira das finalidades do Ministério Público, quer o pertencente à União, quer o situado na esfera institucional de cada Estado-membro....Saltando à inteligência que a reclamação constitucional se inscreve no rol desses mecanismos de protagonização judicial de qualquer das duas modalidades de Ministério Público. Nada importando que ela, reclamação, tenha no STF o seu único locus de aforamento, pois o que realmente conta, agora, sim, é a serventia jurídico-positiva do instituto. Serventia que, em última análise, se volta para o alcance daquele objetivo da defesa da ordem jurídica. Mais precisamente, na medida em que se destina à preservação da competência do Supremo, ou à garantia da autoridade das decisões dessa pinacular instância judicante...

[...]

[...] há um vínculo necessário entre o instituto da reclamação e a defesa da ordem jurídica, o que viabiliza o manejo da ação pelo Ministério Público enquanto instituição-gênero....não se desconhece que o art. 46 da LC 75/93 prescreve que o locus de atuação judicial do Procurador-Geral da República é o Supremo Tribunal Federal. Mas também é certo que tal disposição não é excludente da atuação dos MPs estaduais na mesma instância judicante do Supremo, pois se trata de um diploma normativo exclusivamente direcionado à estruturação e ao funcionamento do MP da União. Nada

tendo a ver, portanto, com o MP que é próprio de cada Estado-membro.

Na mesma linha da divergência assentada, o Ministro Gilmar Mendes reconheceu que em se tratando de reclamação, não há monopólio por parte do Procurador-Geral da República, estando legitimado o Ministério Público dos Estados a submetê-la ao crivo do STF, admitindo inclusive, que nos recursos extraordinários aviados, poderá o *Parquet* Estadual ocupar a tribuna e produzir sustentação oral.

Sendo assim, inegável que a Corte Suprema, enquanto guardiã da Constituição Federal, ao interpretá-la, reconheceu que o constituinte inseriu a reclamação entre os instrumentos conferidos ao Ministério Público dos Estados-membros para a defesa da ordem jurídica. Com isso, o que era evidente, agora está assentado pelo STF, isto é, que o *Parquet* das unidades federativas tem legitimidade para ajuizar ou oferecer reclamação diretamente nas Cortes de Superposição.

Caso o Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, recuse legitimidade ao Ministério Público Estadual de propor ou agitar reclamação perante a Corte poderá este propor nova reclamação, desta feita perante o Supremo Tribunal Federal, exatamente para preservar ou garantir a autoridade da sua decisão e, também, recurso extraordinário (CF, art. 102, I, I, III).

Em qualquer dessas hipóteses, por reserva de raciocínio lógico, é de se admitir que o Procurador-Geral de Justiça ou seu delegatário ocupe a tribuna da Corte para produzir sustentação oral, ou responda questionamentos dos ministros.

No caso de o relator, em decisão monocrática, negar trânsito à reclamação, sobretudo negando-lhe legitimidade ativa, poderia o Ministério Público Estadual oferecer impugnação, ou deveria provocar o Ministério Público da União?

A posição defendida pelo eminente Ministro Celso de Mello, no julgamento da Reclamação nº 7.358-SP, é no sentido de se admitir a interposição do recurso, diretamente, pelo MP do Estado-membro, que parece lógica, do ponto de vista jurídico. Como poderia reconhecer sua legitimidade para ajuizar a reclamação e vedar-lhe a possibilidade de contraditar decisão monocrática que lhe negou trânsito?

Se prevalecer entendimento contrário, poder-se-ia burlar ou enfraquecer a decisão do STF que afirmou a legitimação ativa e, para isso, basta que o relator indefira de plano o processamento da reclamação ajuizada. Se não puder manifestar o recurso cabível, o acórdão da Corte Suprema, neste particular, não passará de uma mera carta de intenções gerando perplexidade.

Na mesma linha de orientação adotada pelo pretório excelso, o STJ, através da sua 1ª Seção, em **24/10/2012**, julgando questão de ordem suscitada no AREsp 194.892-RJ, sob a relatoria do Ministro **Mauro Luiz Campbell Marques**, deliberou pela legitimidade do MPE para atuar perante o Tribunal da Cidadania, com a seguinte ementa:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVOS REGIMENTAIS. MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. LEGITIMIDADE RECURSAL. RECURSO ESPECIAL. TEMPESTIVIDADE. RECESSO FORENSE. COMPROVAÇÃO POSTERIOR. PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL (ARESP 137.141/SE). CONVERSÃO EM RECURSO ESPECIAL.

1. É sabido que esta Corte Superior de Justiça até aqui ampara a tese de que o Ministério Público Estadual não é parte legítima para atuar perante os Tribunais Superiores, uma vez que tal atividade estaria restrita ao Ministério Público Federal.

2. O Ministério Público dos Estados não está vinculado nem subordinado, no plano

processual, administrativo e/ou institucional, à Chefia do Ministério Público da União, o que lhe confere ampla possibilidade de postular, autonomamente, perante esta Corte Superior de Justiça.

3. Não permitir que o Ministério Público Estadual atue perante esta Corte Superior de Justiça significa: (a) vedar ao MP Estadual o acesso ao STF e ao STJ; (b) criar espécie de subordinação hierárquica entre o MP Estadual e o MP Federal, onde ela é absolutamente inexistente; (c) cercear a autonomia do MP Estadual; e (d) violar o princípio federativo.

4. A atuação do Ministério Público Estadual perante o Superior Tribunal de Justiça não afasta a atuação do Ministério Público Federal, um agindo como parte e o outro como custos legis.

5. Recentemente, durante o julgamento da questão de ordem no Recurso Extraordinário nº 593.727/MG, em que discutia a constitucionalidade da realização de procedimento investigatório criminal pelo Ministério Público, decidiu-se pela legitimidade do Ministério Público Estadual atuar perante a Suprema Corte.

6. Legitimidade do Ministério Público Estadual para atuar perante esta Corte Superior de Justiça, na qualidade de autor da ação, atribuindo efeitos prospectivos à decisão.

7. A jurisprudência do STJ estabelecia que, para fins de demonstração da tempestividade do recurso, incumbia à parte, no momento da interposição, comprovar a ocorrência de suspensão dos prazos processuais em decorrência de feriado local, ausência de expediente forense, recesso forense, dentre outros motivos, não se admitindo a juntada posterior do documento comprobatório.

8. A Corte Especial, no julgamento do AREsp 137.141/SE, Relator Ministro Antônio Carlos Ferreira, ocorrido no dia 19.9.2012, acompanhando o entendimento proferido pelo Supremo Tribunal Federal no AgRg no RE nº 626.358/MG, Relator Ministro Cezar Peluso, DJ 23.8.2012, modificou sua jurisprudência, passando a permitir a comprovação de feriado local ou suspensão dos prazos processuais não certificada nos autos em momento posterior à interposição do recurso na origem.

9. Nos presentes autos, constata-se que houve a comprovação, no agravo regimental do Ministério Público Federal e do Ministério Público Estadual, acerca da suspensão dos prazos processuais em decorrência do recesso forense no âmbito do Estado do Rio de Janeiro.

10. Agravos regimentais providos para afastar a intempestividade e determinar a conversão dos autos em recurso especial, nos termos do art. 34, XVI, do RISTJ.

Do voto condutor, acompanhado por todos os Ministros que integram a 1ª Seção, o digno relator enfrentou a questão de maneira exauriente, deixando assentado o seguinte, sem destaque no original:

É sabido que esta Corte Superior de Justiça até aqui ampara a tese de que o Ministério Público Estadual não é parte legítima para atuar perante os Tribunais Superiores, uma vez que tal atividade estaria restrita ao Ministério Público Federal. Precedentes: AgRg no AgRg no Ag 1388777/GO, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Segunda Turma, julgado em 19/06/2012, DJe 28/06/2012; AgRg nos EREsp 1162604/SP, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Primeira Seção, julgado em

23/05/2012, DJe 30/05/2012; AgRg no RMS 35.019/GO, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 07/02/2012, DJe 13/02/2012; AgRg na SLS 828/CE, Rel. Min. Ari Pargendler, Corte Especial, DJe 12.2.2009; AgRg nos EREsp 769.811/SP, Rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção, DJe 1º.2.2010.

Ocorre que tal entendimento, em meu sentir, merece revisão.

A tese adotada nesta Corte Superior de Justiça fundamenta-se no pressuposto de que o Ministério Público é instituição una, cabendo a seu chefe, o Procurador-Geral da República, representá-la, atuando, em seu nome, junto às Cortes Superiores: STF e STJ. Como fundamento normativo de tal tese, temos a Lei Complementar Federal 75/93 e o art. 61 do RISTJ.

Essa construção, em sentido meramente literal, não se mostra precisa.

Tal raciocínio resume-se na ideia de que a legislação orgânica do Ministério Público e o RISTJ conferem aos membros da segunda instância dos Ministérios Públicos dos Estados a possibilidade de interpor recursos extraordinários e especiais aos tribunais superiores, por força de decisões proferidas nos tribunais estaduais. Porém, a atribuição para officiar junto aos tribunais superiores é do Procurador-Geral da República ou de Subprocuradores da República por ele designados.

Conquanto o Superior Tribunal de Justiça integre a estrutura administrativa do Conselho da Justiça Federal, por meio do Presidente, do Vice-Presidente e de três Ministros eleitos do STJ (inteligência do art. 3.º, incisos I e II, do Regimento Interno do CJF), o Tribunal da Cidadania extrapola a natureza de mero Tribunal Federal, haja vista que, na qualidade de Corte Superior, incumbida de uniformizar, em âmbito nacional, e não apenas federal, a interpretação judicial da legislação federal infraconstitucional, atua como verdadeiro Tribunal da Federação brasileira, cuja jurisprudência há de ser observada, a título de paradigma, quer pelos Tribunais Regionais da União, quer pelos Tribunais Judiciários Estaduais.

Por outro lado, a Constituição Republicana estabelece como princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional (art. 127, § 1.º da CR/88), organizando o Ministério Público brasileiro em dois segmentos: Ministério Público da União, que compreende o Ministério Público Federal, o Ministério Público do Trabalho, o Ministério Público Militar e o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios; e o Ministério Público dos Estados (art. 128, incisos I e II, da CR/88).

Tal estruturação assentada constitucionalmente implica duas consequências: (i) não há hierarquia entre os dois ramos distintos do Ministério Público (da União e dos Estados); (ii) a unidade institucional é princípio aplicável apenas no âmbito de cada Ministério Público.

A esse propósito a doutrina: Hugo Nigro Mazzilli (Regime jurídico do Ministério Público, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 116); Alexandre de Moraes (Direito Constitucional, 19. Ed., São Paulo, Atlas, 2006, p. 547-548); José Afonso da Silva (Curso de Direito Constitucional Positivo, 28. Ed., São Paulo, Malheiros, 2007, p. 601); José Frederico Marques (Instituições de Direito Processual Civil, vol. I, Campinas, Millenium editora, 2000, p. 245).

Salienta-se que a própria Constituição, ao assentar que o Procurador-Geral da República é o chefe do Ministério Público da União, enquanto os Ministérios Públicos estaduais são chefiados pelos respectivos Procuradores-Gerais de Justiça (Cf. art. 128, §§ 1.º e 3.º da CR/88), sinaliza a inexistência de relação hierárquica entre o Ministério Público da União e os Ministérios Públicos dos Estados.

A inexistência de tal relação hierárquica é uma manifestação expressa do princípio federativo, onde a atuação do MP estadual não se subordina ao MP da União.

Tanto é verdade que o regime federativo se manifesta no âmbito do Ministério Público, que cada um dos seus ramos possui autonomia funcional e administrativa, iniciativa legislativa para a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, e também essa mesma iniciativa em matéria orçamentária.

Assim, não permitir que o Ministério Público do Estado interponha recursos em casos em que seja autor da ação que tramitou originariamente no âmbito da Justiça Estadual, ou mesmo ajuizar ações ou medidas originárias (o mandado de segurança, a reclamação constitucional, pedidos de suspensão de segurança ou de tutela antecipada) junto aos tribunais superiores, e nelas apresentar recursos subsequentes (embargos de declaração, agravo regimental, recurso extraordinário) significa negar a aplicação do princípio federativo e a autonomia do Parquet Estadual.

Não se nega o acerto da afirmação de que cabe ao Procurador-Geral da República, ou aos Subprocuradores da República, por delegação ou designação, officiar nos feitos junto ao STF e ao STJ, mas isso não retira a possibilidade do Ministério Público Estadual atuar em suas ações e na causa de seus interesses como parte. Realmente, só ao Procurador-Geral da República é permitido ajuizar ações diretas de inconstitucionalidade, ações penais ou ações civis originárias para as quais seja legitimado o Ministério Público da União junto ao STF e ao STJ.

Também não se apresenta dúvida de que ao Procurador-Geral da República ou a Subprocuradores da República, cabe ofertar pareceres em processos que tramitem junto ao STF e ao STJ, atuando como custos legis. Absolutamente diverso quando se trata da interposição de recursos extraordinários ou especiais, e dos recursos subsequentes (agravos regimentais, embargos de declaração e embargos de divergência), ou mesmo do ajuizamento de mandado de segurança, reclamação constitucional, ou pedidos de suspensão de segurança ou de tutela antecipada, relativamente a feitos de competência da Justiça dos Estados em que o MP Estadual é autor. Caso contrário, não há que se falar em autonomia e independência institucional do Ministério Público Estadual.

Dessa forma, é legítimo concluir que impetrar mandado de segurança, ajuizar reclamação constitucional, pedido de suspensão de segurança, ou de tutela antecipada, ou ainda interpor outros recursos subsequentes nos feitos que tramitem tanto no STF como no STJ nos casos em que o MP Estadual é o autor da ação (agravos regimentais, embargos de declaração, ou embargos de divergência), não são atribuições exclusivas do Ministério Público da União.

Nesses casos, o MP Estadual oficia como autor, enquanto o Procurador-Geral da República oficia como fiscal da lei. Exercem, portanto, papéis diferentes, que não se confundem e não se excluem reciprocamente. Reitera-se que não permitir que o Ministério Público Estadual atue perante esta Corte Superior de Justiça significa: (a) vedar ao MP Estadual o acesso ao STF e ao STJ; (b) criar espécie de subordinação hierárquica entre o MP Estadual e o MP Federal, onde ela é absolutamente inexistente; (c) cercear a autonomia do MP Estadual; e (d) violar o princípio federativo; (e) desnaturar o jaez do STJ de Tribunal Federativo, uma vez que tolheria os meios processuais de se considerarem as ponderações jurídicas e o pensamento do MP Estadual, inclusive como um modo de oxigenar a jurisprudência da Corte, por meio da análise dos debates jurídicos oriundos dos MPs Estaduais, dando-se-lhes a plenitude dos meios processuais de expressão das suas teses jurídicas.

Ademais, negar ao MP Estadual, como autor da demanda, a possibilidade de interposição de recurso nas Cortes Superiores, através do Procurador-Geral de Justiça, é na prática, impedir, de forma ilegítima, o acesso da parte à instância extraordinária.

Negar aos Ministérios Públicos Estaduais a propositura de ações, medidas originárias, ou recursos junto aos tribunais superiores, especialmente nos casos em que os recursos sejam decorrentes de ações em que o MP Estadual é autor, significa real redução de direitos, não podendo o Parquet Estadual ser tolhido do seu direito de invocar a atuação desta Corte Superior de Justiça.

Condicionar o destino de ações, em que o autor é o Ministério Público Estadual, à interposição ou não de recursos pelo Ministério Público Federal, é submeter seu legítimo exercício do poder de ação assentado constitucionalmente (art. 5º, inciso XXXV) ao MPF. Isso se apresenta tanto violação ao exercício do direito constitucional de ação, que inclui a legítima interposição de recursos previstos em lei (art. 5º, XXXV da CR), como a violação da autonomia institucional do Ministério Público do Estado (art. 127, § 2º, e art. 128, § 3º da CR), do próprio princípio federativo (art. 1º e 18 da CR) e desta Corte Superior como um Tribunal Federativo.

Assim, mostra-se fundamental demonstrar que o Ministério Público Estadual não está vinculado nem subordinado, no plano processual, administrativo e/ou institucional, à Chefia do Ministério Público da União, o que lhe confere ampla possibilidade de postular, autonomamente, perante esta Corte Superior de Justiça.

Salienta-se que a atuação do Ministério Público Estadual perante o Superior Tribunal de Justiça não afasta a atuação do Ministério Público Federal, um agindo como parte e o outro como custos legis.

Ademais, a legitimação do Ministério Público Estadual para atuar junto aos Tribunais Superiores vem sendo reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal. Tanto é que a Suprema Corte editou a Resolução nº 404, de 7 de agosto de 2009 (alterada pela Resolução 469, de 30 de setembro de 2011), cujo art. 5º dispõe:

Art. 5º Quando partes na causa, os Ministérios Públicos dos Estados, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e as Defensorias Públicas dos Estados e do

Distrito Federal serão intimados na pessoa que os represente no feito. Recentemente, durante o julgamento da questão de ordem no Recurso Extraordinário nº 593.727/MG, em que discutia a constitucionalidade da realização de procedimento investigatório criminal pelo Ministério Público, decidiu-se pela legitimidade do Ministério Público Estadual atuar perante a Suprema Corte. Vejamos trecho do Informativo nº 671 do STF:

Em seguida, o Supremo, por votação majoritária, resolveu questão de ordem – suscitada pelo PGR – com o fito de assentar a legitimidade do Procurador-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, ora recorrido, para proferir sustentação oral. O Min. Cezar Peluso, relator, anotou que o Plenário já teria reconhecido que parquet estadual disporia de legitimação para atuar diretamente nesta Corte nas causas por ele promovidas originariamente. Elucidou que o PGR poderia desempenhar, no Supremo, 2 papéis simultâneos: a) o de fiscal da lei; ou b) o de parte. Assim, quando o MPU, em qualquer dos seus ramos, figurasse como parte do feito, só ao PGR seria dado officiar perante o STF, porque ele quem encarnaria os interesses confiados pela lei ou pela Constituição a este órgão. Explicou que, nos demais casos, esse parquet exerceria, evidentemente, a função de fiscal da lei. Nesta última condição, a sua manifestação não poderia preexcluir a das partes, sob pena de ofensa ao princípio do contraditório. Destarte, sugeriu que a Lei Complementar federal 75/93 somente incidisse no âmbito do MPU, sob pena de cassar-se a autonomia dos Ministérios Públicos estaduais, que estariam na dependência, para promover e defender interesse em juízo, da aprovação do Ministério Público Federal. RE 593727/MG, rel. Min. Cezar Peluso, 21.6.2012. (RE-593727)

Como já dito no início do voto, não desconheço dos precedentes no sentido da tese de que o Ministério Público Estadual não é parte legítima para atuar perante os Tribunais Superiores, uma vez que tal atividade estaria restrita ao Ministério Público Federal. Porém nenhum deles foi julgado sob a égide do entendimento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, transcrito acima (Questão de Ordem no RE 593727/MG).

[...]

Nessa linha, reconheço a legitimidade do Ministério Público Estadual para atuar perante esta Corte Superior de Justiça, na qualidade de autor da ação, atribuindo efeitos prospectivos à decisão.

O aresto do STJ, no particular, para uma corrente estaria declarando implicitamente a inconstitucionalidade do artigo 37, I da LC 75/93, que estabeleceria a exclusividade da atuação do MPF nos Tribunais Superiores, olvidando a cláusula de reserva de plenário.

Se a assertiva é verdadeira, então o pretório excelso, mesmo que de forma implícita considerou inconstitucional o referido dispositivo legal, quando proclamou a legitimidade do MP mineiro, na pessoa do seu Procurador-Geral, no RE 593.727/MG para proferir sustentação oral e foi muito mais ousado, ainda, no julgamento da Reclamação 7.358/SP, ao firmar entendimento que o MP do Estado-membro é parte legítima para manejar Reclamação, originariamente, na Suprema Corte, enquanto ação autônoma de impugnação.

Desse modo, cabe a indagação: onde reside a distinção entre as decisões do STF e a do STJ reportadas acima, que pudesse sugerir o acerto de uma e o desacerto da outra, se ambas reconhece a legitimidade ativa do *Parquet* estadual para atuar naquelas Cortes?

Impende ressurtir que o entendimento acima firmado pela Primeira Seção do STJ, inclusive, serviu de precedente para a Vice-Presidente em exercício da Corte, a Ministra Eliana Calmon, admitir no dia 14/11/2012, Recurso Extraordinário interposto pelo Ministério Público de São Paulo no EREsp 1.162.604-SP, contra acórdão exatamente da Primeira Seção, com decisão publicada no DJe de 22/11/2012, que tem o seguinte conteúdo:

Em razão da recente mudança de entendimento da Primeira Seção desta Corte com relação ao tema, manifestada no julgamento do AgRg no AgRg no AREsp 194.892/RJ, e estando presentes os pressupostos de admissibilidade, admito o recurso extraordinário.

Outro ponto a considerar, quando se pretende afastar a legitimação do MPE a pretexto da unidade e indivisibilidade, como bem lembrado por Mazzilli⁴, *não se invoque a unidade e a indivisibilidade do Ministério Público para reforço do veto. A rigor, bem compreendidos esses princípios, um só ofício, sob uma só chefia, só existe em cada um dos diversos Ministérios Públicos nacionais, até mesmo por força das próprias características federativas.*

Ademais, se a lição acima não fosse suficiente para convencer, partindo da premissa que compete ao Procurador-Geral da República, na qualidade de chefe de todos os Ministérios Públicos dos Estados, como se houvesse uma subordinação ou hierarquia, então, por reserva de coerência lógica, na hipótese de conflito de atribuições entre membros do MPU e dos Estados, competiria a ele dirimir.

Todavia, não é assim que acontece, sendo questão pacífica que em havendo conflito de atribuições, na forma hipotética apontada, a competência para resolvê-lo é do Supremo Tribunal Federal, conforme se extrai do artigo 102, I, alínea "f", da Constituição da República Federativa do Brasil.

Nesse sentido, confira os precedentes abaixo:

(STF-016660) CONFLITO NEGATIVO DE ATRIBUIÇÕES ENTRE O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA PROCESSAR E JULGAR A AÇÃO. PRECEDENTES. CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES. APURAÇÃO DE SUPOSTAS IRREGULARIDADES NA APLICAÇÃO DOS RECURSOS ORIUNDOS DO PRONAF. INTERESSE DA UNIÃO. ART. 109, INC. I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ATRIBUIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. (Ação Cível Originária nº 1.281/SP, Tribunal Pleno do STF, Rel. Cármen Lúcia. j. 13.10.2010, unânime, DJe 14.12.2010).

(STF-016206) MINISTÉRIO PÚBLICO. CONFLITO NEGATIVO DE ATRIBUIÇÕES. AÇÃO CIVIL DE REPARAÇÃO DE DANO AO ERÁRIO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DESVIO DE RECURSOS DO FUNDEF. INEXISTÊNCIA DE COMPLEMENTAÇÃO DE VERBAS FEDERAIS E DE INTERESSE DA UNIÃO. FEITO DA ATRIBUIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. Conflito conhecido e acolhido, para esse fim. É atribuição do Ministério Público estadual atuar em ação de reparação de dano ao erário, por improbidade administrativa concernente a desvio de recursos do FUNDEF, quando não tenha havido complementação de verbas federais. (Ação Cível Originária nº 1.156/SP, Tribunal Pleno do STF, Rel. Cezar Peluso. j. 01.07.2009, unânime, DJe 12.03.2010).

(STF-141440) COMPETÊNCIA CRIMINAL. ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

AÇÃO PENAL. FORMAÇÃO DE OPINIO DELICTI E APRESENTAÇÃO DE EVENTUAL DENÚNCIA. Fatos investigados que configurariam crime contra a ordem econômica. Art. 1º, inc.. I, da Lei Federal nº 8.176/01. Falta de segurança na instalação e armazenamento de recipientes transportáveis de GLP. Fato que não corresponde a nenhuma das hipóteses do art. 109, IV e VI, da CF. Incompetência da Justiça Federal. Matéria de atribuição do Ministério Público estadual. Conflito negativo de atribuição conhecido. Precedentes. É da atribuição do Ministério Público estadual analisar inquérito por crime contra a ordem econômica e emitir a respeito opinio delicti, promovendo, ou não, ação penal, se não há violação a bens, interesses ou serviços da União. (Ação Cível Originária nº 1058/CE, Tribunal Pleno do STF, Rel. Cezar Peluso. j. 14.04.2008, unânime, DJe 23.05.2008).

Assim, a tese da chefia única invocada não tem substrato ou consistência jurídica para prevalecer objetivando afastar a legitimidade ativa do MP Estadual perante as Cortes Superiores, nos assuntos que lhe toca de forma peculiar.

2. Conclusões.

1. O Ministério Público é composto pelo Ministério Público da União e Ministério Público dos Estados; aquele compreende o Ministério Público Federal, do Trabalho, Militar, do Distrito Federal e Territórios;
2. Inexiste subordinação ou hierarquia entre o Ministério Público dos Estados e o da União e apesar de uno e indivisível, cada ramo institucional possui chefia própria, com independência funcional, administrativa e financeira;
3. O Ministério Público dos Estados, que tiver oficiado nas instâncias ordinárias, tem legitimidade para atuar na condição de parte perante os Tribunais Superiores, podendo, por evidente, nos recursos interpostos ou naqueles que responder, produzir sustentação oral nas tribunas das sessões dessas Cortes;
4. A legitimação apontada no item anterior, não se limita a interposição de recurso, mas também para formular reclamação constitucional, quando cabível nas hipóteses que reclamem a intervenção ministerial;
5. Nos recursos aviados ou respondidos pelo Ministério Público Estadual, no âmbito do STF e STJ, o Ministério Público Federal oficiará como *custos legis*.

¹* Especialização Lato Sensu em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes e Direito Público, pela Faculdade Integrada de Pernambuco.

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Acre.

^{**} Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e MBA em Gerenciamento. Autora do livro Biodiversidade e Repartição de Benefícios, publicado pela Juruá Editora.

Procuradora-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado do Acre.

Publicada pelo Conjur: <http://www.conjur.com.br/2012-nov-27/ministerio-publico-estadual-legitimo-atuar-cortes-superiores> e pela Editora Consulex - Revista Prática Jurídica – Ano XII – Nº 132, de 31/3/2013 - Seção “Aula Maior”, páginas 06/14.

² BEVILAQUA, Clovis. Teoria Geral do Direito Civil, Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975, § 35.

³ MAZZILLI, Hugo Nigro. Regime Jurídico do Ministério Público. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 304.

⁴ Op. cit., p. 303.

*A desnecessária, inadequada e nada razoável vedação
do exercício da atividade
político-partidária aos membros do
Ministério Público que tenham se afastado
temporariamente do exercício funcional*

*Claudio Tenorio Figueiredo Aguiar**

Síntese Dogmática

O regime jurídico diferenciado aplicável aos membros do Ministério Público brasileiro procura viabilizar o exercício funcional pleno e independente permitindo que a Instituição alcance a sua finalidade voltada para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. A interpretação que veda o exercício da atividade político-partidária de modo concomitante com o desempenho da atividade-fim por parte do membro do *parquet* foi uma medida adequada e suficiente aos seus fins. A alteração da EC 45/2004 suprimindo trecho do dispositivo constitucional que tratava da referida vedação, que segundo doutrina e jurisprudência dominantes teve por objetivo torná-la absoluta, é inconstitucional por negar vigência ao princípio democrático sem ser capaz de realizar o princípio que visa resguardar, a independência funcional, sendo, portanto, desnecessária, inadequada e desproporcional e nenhum resultado novo pode produzir. É preciso deflagrar o controle de constitucionalidade através da Ação Declaratória de Constitucionalidade para obter uma interpretação conforme a constituição dos dispositivos das leis orgânicas do Ministério Público que permitem a filiação a partido político excluindo apenas a possibilidade de exercício funcional de modo concomitante com o desempenho de atividade político-partidária ou mesmo utilizar uma Ação Direta de Inconstitucionalidade contra a supressão feita pela EC 45/2004 no texto da referida vedação.

1. O Ministério Público brasileiro da Constituição de 1988 :

Após longa evolução institucional marcada por avanços e retrocessos decorrentes da alternância entre períodos democráticos e de exceção durante a experiência constitucional vivenciada no Brasil, o Ministério Público experimentou através da Constituição Cidadã de 1988 um verdadeiro renascimento que está completando 25 (vinte e cinco) anos de existência.

O rompimento com o passado deixou para trás a representação da União ou do governante, promovendo a vinculação do *parquet* à defesa incondicional da sociedade contra quem quer que seja o violador dos direitos assegurados na Carta da República, inclusive contra o próprio Poder. Ainda assim, há muitos traços vivos com o passado ainda recente com o Poder Executivo, do qual era o *parquet* parte integrante, ao menos topograficamente, sob a égide da

Constituição de 1969.

A escolha do Procurador-Geral da República, por exemplo, se mantém sob a responsabilidade compartilhada do Senado Federal por maioria absoluta e do Presidente da República que inclusive detém a iniciativa legislativa para apresentar projeto de lei complementar dispendo sobre a organização do Ministério Público da União bem como sobre normas gerais para a organização dos Ministérios Públicos Estaduais através de lei ordinária, mas, a exigência de que a referida escolha do chefe do *parquet* da União cujo processo, frise-se, não conta com a participação formal da classe, recaia sobre um integrante da carreira significou um grande avanço, uma etapa de um caminho mais longo a ser percorrido na busca da verdadeira autonomia institucional.

A ampliação da legitimidade ativa para a propositura das ações que inauguram o controle concentrado de constitucionalidade em abstrato perante o STF, antes apenas nas mãos do PGR, democratizou e mudou o panorama até então vigente para o instituto que era mais associado a uma ideia de governabilidade do que reação contra os abusos das maiorias legislativas eventuais. Também aqui é possível vislumbrar novos horizontes para o futuro bastando lembrar que os Procuradores-Gerais de Justiça, chefes dos Ministérios Públicos estaduais ainda precisam representar ao PGR ou mesmo à CONAMP, por mais que não haja no primeiro caso qualquer hierarquia entre MPE e MPU, quando desejam que uma questão que os aflige em termos de inconstitucionalidade regional ou local seja levada ao conhecimento do STF.

O regime jurídico aplicável aos membros do *parquet* com suas garantias e vedações, prerrogativas e deveres objetiva viabilizar a realização das relevantes tarefas destinadas à instituição que é voltada para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis o que será obtido através da atuação plena, destemida, mas responsável e imparcial de seus componentes. É preciso equilibrar os lados da balança evitando garantias desarrazoadas (a mudança de quorum para afastar a inamovibilidade de 2/3 para a maioria absoluta, promovida pela EC 45/2004, foi uma mudança razoável, pois preservou a garantia, autorizando o seu afastamento excepcional por uma maioria diferenciada e relevante) e vedações desnecessárias (são no mínimo questionáveis as restrições que se tronaram absolutas para o exercício da atividade político-partidária pelo membro do *parquet* assim como a proibição para que exerça outra função pública ainda que afastado do exercício funcional) ou ainda, prerrogativas injustificáveis (o STF mudou de entendimento a partir de 2005 e passou a considerar que a intimação do MP se dava no momento em que os autos ingressavam na unidade administrativa do *parquet* e não quando o membro colocava o seu ciente o que o tornava controlador do prazo processual em violação à isonomia das partes) e deveres excessivos (será necessário o dever de residir na comarca da lotação até mesmo nos finais de semana ?).

A estabilidade foi substituída pela vitaliciedade, um avanço significativo e necessário para consolidar a missão ministerial que constantemente expõe seus integrantes a uma rota de colisão com interesses ilícitos poderosos.

A manutenção da inamovibilidade, novas aplicações práticas dos princípios institucionais tais como aquelas que autorizam o litisconsórcio entre Ministérios Públicos diversos ou mesmo uma atuação concorrente, discussões acerca da necessidade de se estabelecer um regime disciplinar único, dentre outras tantas medidas não deixam dúvidas acerca das comemorações que devem ser exaltadas nesse longo período atual de estabilidade democrática cujo

fortalecimento do Ministério Público é certamente uma das causas.

Ainda assim, é preciso olhar para os próximos anos e identificar o que está por merecer algum reparo ou evolução. A escolha para o fim deste trabalho, dentre várias possibilidades, algumas das quais exemplificadas acima, recai sobre as vedações e mais especificamente no que se refere à proibição que alcança os membros do Ministério Público brasileiro de exercerem a atividade político-partidária, ainda que afastados temporariamente da instituição.

Pretende-se, pois, demonstrar que as razões para o endurecimento da vedação que se tornou absoluta por força da Emenda Constitucional 45/2004, além de não se justificarem com base nos motivos que a anunciam, não alcançando, em consequência a sua finalidade, revelam sob a ótica institucional, quando muito, uma visão romântica e ultrapassada de Ministério Público e não podem ser interpretadas no sentido de atingirem os membros que se afastando temporariamente do exercício funcional queiram exercê-la para se tornarem representantes eleitos do povo.

2. Direitos Políticos e Atividade Político-Partidária:

Segundo a Wikipédia os direitos políticos *“constituem um conjunto de regras constitucionalmente fixadas, referentes à participação popular no processo político. Dizem respeito, em outras palavras, à atuação do [cidadão](#) na vida pública de determinado país. Correspondem ao direito de sufrágio, em suas diversas manifestações, bem como a outros direitos de participação no processo político.”*

Além disso, a mesma fonte, voltando-se para a ordem jurídica brasileira, informa que :

“No direito brasileiro, além do direito de [voto](#) em eleições (que compreende o direito de votar), também constituem direitos políticos o direito de voto em [plebiscitos](#) e [referendos](#), o direito de iniciativa popular e o direito de organizar e participar de partidos políticos. Há hipóteses de perda e suspensão de direitos políticos.”

“Na ordem jurídica brasileira, a raiz constitucional de todos os direitos políticos pode ser identificada no parágrafo único do art. 1º da CF/88, que dispõe: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Este dispositivo encontra subseqüente especificação nos artigos 14, 15 e 16 da Constituição (Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo IV, Dos Direitos Políticos). Observe-se que os direitos e garantias individuais e o voto direto, secreto, universal e periódico constituem [cláusulas pétreas](#) da Constituição [brasileira](#), não podendo ser objeto de [emenda](#) (art. 60, § 4º, II e IV).”

*“A cidadania (do latim, civitas, “cidade”), em [Direito](#), é a condição da [pessoa natural](#) que, como membro de um [Estado](#), encontra-se no gozo dos direitos que lhe permitem participar da vida política. **A cidadania é o conjunto dos direitos políticos que lhe permitem intervir na direção dos negócios públicos do Estado, participando de modo direto ou indireto na formação do [governo](#) e na sua [administração](#), seja ao votar (direto), seja ao concorrer a cargo público (indireto).** A [nacionalidade](#) é pressuposto da cidadania - ser nacional de um Estado é condição primordial para o exercício dos direitos políticos. Entretanto, se todo cidadão é nacional de um Estado, nem todo nacional é cidadão - os indivíduos que não estejam investidos de direitos políticos podem ser nacionais de um Estado sem serem cidadãos.”*

“Os direitos políticos são regulados no [Brasil](#) pela [Constituição Federal](#) em seu art. 14, que estabelece como princípio da participação na vida política nacional o [sufrágio universal](#). Nos termos da norma constitucional, o alistamento eleitoral e o voto são obrigatórios para os maiores de dezoito anos, e facultativos para os analfabetos, os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos e os maiores de setenta anos. A Constituição proíbe o alistamento eleitoral dos estrangeiros e dos brasileiros conscritos no [serviço militar](#) obrigatório, considera a [nacionalidade brasileira](#) como condição de elegibilidade e remete à legislação infra-constitucional a regulamentação de outros casos de inelegibilidade (lei complementar n. 64, de 18 de maio de 1990).”.

A melhor doutrina nacional não destoa dos conceitos acima apresentados, logo, não há qualquer controvérsia acerca da natureza jurídica dos direitos políticos adquiridos há muito pela sociedade, integrando a primeira dimensão ou geração de direitos fundamentais.

A atividade político-partidária é parte integrante deste gênero e guarda similitude conceitual em termos de enquadramento.

O raciocínio é simples e evidente, pois, nenhum integrante de um determinado grupo social, num Estado Democrático de Direito, pode ser alijado da possibilidade de participar diretamente do processo democrático o que não sendo respeitado, levaria a criação de graus de cidadania com estabelecimento da discriminação entre os seus cidadãos.

Não se desconhece a vedação que a Constituição Brasileira de 1988 impõe ao estabelecer que são inelegíveis os inalistáveis (estrangeiros e os conscritos) e os analfabetos, tendo ainda a previsão de perda ou suspensão dos direitos políticos em casos extremos e em sua maioria, de modo transitório.

Todas essas hipóteses de restrição são plenamente justificáveis e razoáveis. Outras causas que estabeleçam restrições são possíveis por via da legislação infraconstitucional como ocorre com a lei das inelegibilidades (LC 64/90), mas não podem criar vedações absolutas. Somente a constituição poderia fazê-lo e mesmo assim em situações de fácil justificação.

3. A atividade político-partidária pelos membros do Ministério Público brasileiro e a legislação vigente :

A Lei Complementar 40/81 foi um marco na busca da unidade pelo Ministério Público brasileiro antecedendo e inspirando o constituinte, não sendo à toa a escolha do dia 14 de dezembro para ser a data comemorativa nacional do *parquet* numa justa homenagem. O referido diploma legal, revogado pela atual lei orgânica nacional 8625/95, no capítulo das vedações, não apresentava restrição ao exercício da atividade político-partidária pelo membro conforme se verifica no seu artigo 25.

Da mesma forma, a Constituição de 1988 previu a vedação com uma redação que permitia que a legislação infraconstitucional a ressalvasse, como acabou ocorrendo com a LC 75/93 (LOMPU) e com a L. 8625/93 (LONMP), sendo reproduzidas as suas disposições nas várias leis orgânicas estaduais que autorizavam o afastamento do exercício funcional como pré-requisito para que fosse lícito o exercício da atividade político-partidária pelo membro do *parquet*. Ou seja, estava franqueada a qualquer integrante da instituição a possibilidade de buscar o exercício da representatividade popular tanto no Executivo quanto no Legislativo, desde que, afastado previamente do Ministério Público.

A presença de integrantes do *parquet* ocupando mandatos eletivos, pelo conhecimento jurídico construído desde os bancos da faculdade ampliados pela experiência prática da atuação judicial e extrajudicial, certamente poderia qualificar a representação popular da mesma forma que ainda hoje ocorre com Delegados, Defensores Públicos e Procuradores do Estado, para quem a Constituição não indicou tal vedação, ajudando a diminuir os efeitos nefastos que assolam a política brasileira, registrados com exatidão por VÂNIA SICILIANO AIETA, conforme a seguir destacado :

“(…) Entre os mais diversos descaminhos da democracia representativa, pode-se apontar a falta de preparo intelectual, de engajamento cívico e de formação política das massas, além da incidência de preconceitos de classe de toda a ordem e da ação manipuladora dos meios de comunicação e do marketing político, vitimando a representatividade à lógica do mercado. (pgs. 95/97 – Mandato eletivo – Estudos em Homenagem ao Prof. Siqueira Castro – Tomo III – Atualizado até a EC 52/2006 – Lumen Juris – Rio de Janeiro – 2006)”.

O cenário mudou com o advento da chamada Reforma do Judiciário, promovida pela EC 45/2004 que acabou por estender uma proibição que já existia para magistrados alcançando os membros do MP ao retirar a ressalva do texto constitucional que permitia às leis orgânicas tratarem da autorização. Ficou muito clara a “vontade do legislador constituinte reformador”, se é que ela possa existir, de proibir de modo absoluto o exercício de atividade político-partidária pelo membro do *parquet*, alcançando todos os membros em atividade à exceção dos que ingressaram antes da Constituição de 1988 entrar em vigor e optaram pelo regime anterior fazendo uso da regra de transição prescrita pelo art. 29 §3º do ADCT.

O que teria motivado essa mudança ? Será que era um anseio popular ? Será que o povo brasileiro estava preocupado com isso ? Será que havia membro do Ministério Público que ao voltar para o exercício funcional fazia do seu ofício uma fonte de perseguição ?

4. A atividade político-partidária pelos membros do Ministério Público brasileiro e a doutrina especializada :

Hugo Nigro Mazzilli e Emerson Garcia, respectivamente membros do Ministério Público de São Paulo e do Rio de Janeiro, verdadeiras referências nacionais na matéria institucional, autores de manuais completos sobre a organização, o regime jurídico e as atribuições do Ministério Público no Brasil, apontam a correção da medida que tornou a vedação absoluta. Afirmam que com esta medida evita-se uma espécie de contaminação da imparcialidade dos membros do Ministério Público brasileiro.

Segundo MAZZILLI,

“(…) Ao juiz e ao promotor, como cidadãos, não se lhes pode vedar tenham opinião político-partidária; o que se veda aos agentes do Ministério Público são as atividades político-partidárias. É a mesma vedação que incide para os membros da Magistratura. Embora se vejam, voz por outra, iniciativas esparsas com o objetivo de permitir atividade político-partidária aos juízes, seguindo modelos estrangeiros, entre nós, a doutrina predominante tem considerado importante garantia à imparcialidade e á independência dos juízes e do próprio Poder Judiciário a vedação das atividades político-partidárias a seus membros. Essas considerações são bem aplicáveis ao Ministério Público por

identidade de razão, especialmente à vista da tradição social e cultural de nosso país, onde a política, de forma intensa, tem interferido negativamente na administração da Justiça. Nossa tradição legislativa veda cabalmente a atividade político-partidária aos magistrados, por se supor, a nosso ver corretamente, que o envolvimento político-partidário numa comunidade, no Estado ou até no País leva a aproximações, a composições, a favorecimentos recíprocos, a compromissos e envolvimento com grupos, facções ou setores econômicos e políticos, ligações com o *jogo do bicho*, empreiteiras, tráfico de influência e outras fontes ilegais de custeio de campanhas, sendo incompatível com a necessária isenção de ânimo para as questões submetidas a seu julgamento;”. (pg. 281 – Hugo Nigro Mazzilli – Regime Jurídico do Ministério Público – 7ª edição – Saraiva – 2013).

Na visão de EMERSON GARCIA,

“(…) Os permissivos que autorizavam o exercício de atividades político-partidárias eram de todo incompatíveis com um ordenamento que vela pela imparcialidade e pela retidão de conduta dos membros do Ministério Público, sendo evidente que a vinculação a uma agremiação partidária poderia ensejar o surgimento de compromissos e favorecimentos, ou mesmo uma acentuada concepção ideológica, que, em alguns casos, possivelmente se refletiria em parcialidade. (...) Essa mácula no regime jurídico institucional terminou por ser suprida com o advento da emenda Constitucional n 45/2004, que eliminou a parte final do art. 128, p 5º, II, e, afastando qualquer ressalva quanto à vedação do exercício de atividade político-partidária. Encontram-se revogados, assim, todos os permissivos constantes da legislação infraconstitucional que dispunham em sentido diverso, em especial a parte final do art. 44, V da Lei 8625/1993 e do art. 237, V, da Lei Complementar n 75/1993. O membro do Ministério Público ativo, ressalvados os casos de opção pelo regime jurídico anterior, não pode exercer atividade político-partidária, qualquer que seja ela.” (pgs. 544/545 – Emerson Garcia – Ministério Público – Organização, Atribuições e Regime Jurídico – 3ª edição – Lumen Juris – Rio de Janeiro - 2008).

Divergindo do entendimento dos dois primeiros expoentes, o não menos importante Carlos Roberto de Castro JATAHY, membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, também autor de importante manual sobre a legislação institucional do *parquet*, em obra coletiva produzida no âmbito do CNPG denominada de pensamento institucional contemporâneo do Ministério Público brasileiro defende posição contrária, sustentando que :

“(…) Inicialmente, cabe ressaltar que a emenda constitucional, de cunho restritivo, não se coaduna com a essência do Ministério Público, intrinsecamente voltado para a causa social. Com efeito, uma das funções constitucionais mais relevantes deferidas ao Ministério Público, no Artigo 129, II, é a de “ombudsman”. Com origem remota na Constituição sueca de 1809 (que criou a figura do justitieombudsman, expressão traduzida como “comissário de justiça”), a atribuição consiste no controle das atividades atinentes aos três Poderes e constitui verdadeiro canal de comunicação institucional com a sociedade. O ombudsman possui o objetivo de remediar lacunas e omissões, bem como assegurar que os Poderes respeitem as regras postas e não se imiscuam nos direitos e liberdades públicas dos cidadãos. É razoável esta restrição? Os membros do Ministério Público necessitam ser segregados, para o bom exercício de suas funções,

não podendo exercer seus direitos políticos plenamente? Tal vedação é benéfica para a sociedade a quem a Instituição deve prestar contas de seu mandato constitucional? Entendemos que esta não é a melhor solução.”. (**Reflexões acerca da vedação à atividade político-partidária dos membros do MP: uma interpretação institucional – 2012**)

As preocupações que justificam o pensamento dos dois primeiros autores procuram montar uma blindagem para preservar a imparcialidade e independência dos membros do *parquet* no Brasil. Entretanto, parte de uma premissa desconfiada de seus integrantes onde seria mais adequada a confiança.

Por outro lado, o último autor indicado, não vê qualquer óbice ao exercício da atividade político-partidária pelo membro do Ministério Público, desde que afastado do exercício funcional, o que inviabilizaria o uso da instituição para eventuais perseguições, havendo ainda um prazo de 02 (dois) anos na legislação orgânica no qual está vedado o desempenho da função eleitoral pelo membro que retornou da vida política (art. 80 da LC 75/93) bem como um prazo de 04 (quatro) anos sem que o membro que retornou ao ofício ministerial possa participar das impugnações ao mandato eletivo (art. 3, § 2º da LC 64/90)..

Está última posição é a mais adequada, pois, além de não significar necessariamente que haverá alguma perseguição num futuro imprevisível por parte de um novo velho membro do Ministério Público que tenha retornado á sua casa, garante uma possibilidade maior para a defesa dos interesses institucionais diretamente do plenário talvez, evitando, novos fantasmas como a PEC 37 e ainda de sobra a certeza da qualidade no conhecimento do Direito. É, o que se tentará, brevemente, demonstrar a seguir.

5. Crítica aos fundamentos da proibição :

Não parece ser uma medida necessária num país no qual o mandato legislativo é exercido de modo descomprometido com o eleitor não havendo prestação de contas pelo político ou mesmo hipótese de recall, excluir dos membros do Ministério Público, a possibilidade de participação direta através do mandato, no processo político nacional. Funciona o Poder Legislativo pelo sistema de blocos de interesse. Bancada ruralista, dos empreiteiros, dos empregados, dos empregadores, dos policiais, dos artistas, dos atletas, cada qual defendendo os interesses dos grupos aos quais pertencem. Nesse cenário, como imaginar qualquer classe proibida da busca pela representatividade ? Aqui está um fundamento de cunho institucional a justificar o afastamento da proibição.

De qualquer forma, qual foi o substrato teórica que justificou a medida proibitivax? Segundo se pôde apurar aqui e acolá, buscava-se evitar o uso do exercício funcional para fins diversos da atividade-fim do MP que seria convertida em perseguição política. Episódios conhecidos em nossa recente história democrática associaram determinados membros do *parquet* a partidos políticos como se estivessem a serviço deles. Ainda que tais desvios tenham ocorrido, não se pode tomar o todo pela parte. A presunção há que ser a da boa-fé dos homens. Vedar o acesso ao cargo eletivo por imaginar que depois, ao voltar à instituição, o membro do MP, ex-integrante da classe política vai direcionar seu trabalho contra eventuais desafetos que tenha cultuado durante sua carreira política é uma desconfiança desmedida. Agora, uma justificativa de cunho pessoal, individual, de direito fundamental a justificar o afastamento da vedação.

Tecnicamente, a justificativa para o endurecimento da vedação seria isolar o membro do

Ministério Público de influências nefastas garantindo sua plena e ampla imparcialidade. O fato é que já existem previsões nas leis orgânicas, nos Códigos de Processo Civil e Penal, indicando através da suspeição, do impedimento, da incompatibilidade, a proibição de atuação do membro do *parquet* em causa com a qual tenha alguma espécie de comprometimento. É preciso, entretanto, supor, que de sua responsabilidade funcional surja naturalmente a manifestação de que deixará de officiar naqueles autos quando perceber que será difícil não tender para um dos lados. É a tal da boa-fé que em sendo esquecida, pode ser arguida pela parte ensejando o reconhecimento de nulidades relativas ou absolutas e até mesmo, a responsabilização disciplinar do membro desidioso de seu papel.

O problema é que se utiliza uma bala de canhão para acertar um mosquito. Afinal de contas, como é que um promotor de justiça da família, da infância e da juventude ou mesmo um procurador de justiça que atua em segundo grau, não dando início a nenhuma ação penal ou civil a não ser que receba delegação do PGJ pode vir a prejudicar um desafeto político ? Através de um parecer não vinculante ao juízo ?

Defende-se que não é necessária a medida, não é adequada nem mesmo proporcional em sentido estrito.

A desnecessidade fica evidente porque já existem mecanismos previstos na legislação capazes de garantir a imparcialidade da atuação do membro e sua independência funcional. A suspeição, o impedimento, as incompatibilidades e a quarentena de 02 e 04 anos são suficientes e mantém vivo o princípio democrático bem como o exercício da cidadania plena pelos membros do MP. Ainda que se entenda que é pouco, seria melhor aumentar o período de quarentena ou mesmo torna-lo definitivo, inviabilizando que os membros do MP que em algum momento tenham exercido a atividade político-partidária possam exercer a função de ministério público eleitoral. Além disso, como dito linhas acima, o que um promotor de justiça que volta a carreira depois de exercer atividade político-partidária e que exerça sua atividade funcional numa promotoria da infância e da juventude pode fazer para perseguir um inimigo político ?

Não é adequada a medida porque não é capaz de alcançar o fim almejado. Não há como garantir que um membro do MP impedido de exercer atividade político-partidária não vá usar o exercício funcional de modo desvirtuado. Aliás, nada impede que um membro do MP se aposente ou se afaste em definitivo da carreira, exerça um mandato eletivo e depois de concluído o mandato, não se reeleja e seja chamado para exercer um cargo de confiança no MP. Esta hipótese pode acontecer inclusive com a nomeação para funções relevantíssimas de assessoria ao Procurador-Geral de Justiça na atividade-fim deste, que em geral alcança altas autoridades. Apenas para exemplificar, no MP/RJ o responsável pela Assessoria Criminal é o Dr. Antonio Carlos Silva Biscaia que teve participação destacada na Câmara dos Deputados e hoje atua junto à chefia institucional do *parquet* do estado do Rio de Janeiro, já tendo sido inclusive, Procurador-Geral de Justiça da instituição. Se o motivo é uma desconfiança absoluta de que vá ocorrer perseguição contra desafetos políticos, esta seria uma situação ilegal, o que seria um verdadeiro absurdo.

Não é proporcional em sentido estrito, pois anula o princípio democrático inviabilizando que um cidadão, afastado de seu ofício, busque o mandato eletivo, excluindo este aspecto de sua cidadania em prol de garantir uma independência e uma imparcialidade que não serão exercidas uma vez que o pré-requisito do afastamento da função evita qualquer contaminação da independência funcional relacionada apenas com a atividade-fim pois esta não estará sendo

exercida no período do mandato, ou seja, anula-se o princípio democrático para que tenha aplicabilidade o princípio da independência funcional que não poderia ser aplicado em razão do não exercício da função no período respectivo ferindo qualquer idéia de razoabilidade..

Com o devido respeito que merecem os mestres citados, contrários ao exercício funcional pelos membros do MP, inigualáveis em seu conhecimento, como poderia um membro do Ministério Público afastado do exercício funcional comprometer a imparcialidade do *parquet* ? Ainda que volte ao seu órgão de execução, repita-se, como poderia um promotor de justiça junto à Vara de Família ou da Infância e Juventude, ter a sua imparcialidade diminuída pelo tempo que passou na política ?

Não há associação possível. Também não se pode supor que a regra seja a má-fé ou a vingança política. Por outro lado, é uma purificação inviável que se busca e que acaba por enfraquecer a instituição e afastar um direito fundamental de seus membros que se não podem buscar um mandato eletivo, podem ocupar cargos em comissão na própria instituição por longos períodos e quando voltam ao exercício funcional não se vislumbra qualquer problema. Os Procuradores Gerais são escolhidos ou pelo Governador ou pelo Presidente da República e convive-se com essa realidade sem desconfiar de algum tipo de ajuste entre o chefe do *parquet* e o governante.

Além disso, diversamente dos políticos profissionais, os membros do Ministério Público possuem uma carreira e a ela podem voltar, recebendo bons salários. Ao contrário dos que fazem da vida política uma carreira, o que é discutível, os membros do MP por já possuírem uma, estariam aptos a voltar a qualquer momento evidenciando um desapego muito maior do que os demais.

6. O que fazer ? :

Aqui talvez esteja o maior objetivo deste trabalho, afinal, a discussão não é nova e está longe de ser pacífica. O fato é que a par da mobilização necessária do Poder Legislativo para que o texto constitucional seja outra vez mais reformado para constar a autorização expressa de que membros do Ministério Público, independentemente de quando tenham ingressado na carreira, uma vez afastados do exercício funcional, não possam ser proibidos de buscar um mandato eletivo, há que se buscar desde logo uma solução judicial junto ao intérprete maior da Constituição, papel que no Brasil cabe ao STF.

Não se trata de menosprezar a classe política ou a vontade democrática, mas, de postular uma análise do que está escrito na Constituição e nas leis em busca de uma harmonia. Os legisladores de hoje alteraram a redação da vedação e retiraram um trecho que ressaltava a previsão legislativa. Qual a consequência prática dessa medida ?

Nenhuma consequência, eis que a vedação já existia antes e as leis orgânicas autorizavam o exercício da atividade político-partidária pelos membros exigindo apenas o afastamento prévio do exercício funcional o que permanece plenamente válido e em consonância com o princípio democrático que não pode excluir, sem motivo razoável, de qualquer pessoa, a possibilidade de participar da vida pública através de um mandato eletivo.

A CONAMP ou mesmo o PGR devem ser provocados a agir propondo uma ADC que busque junto ao STF o reconhecimento da constitucionalidade dos artigos 44, V da Lei 8625/93 e 237, V da Lei Complementar 75/93 através de uma interpretação conforme a constituição que exclua apenas a possibilidade de exercício da atividade político-partidária conjuntamente

com a atividade funcional de membro do *parquet*, viabilizando-a diante do afastamento temporário.

Tal caminho foi adotado na ADPF 54 que através da interpretação conforme a constituição das normas do Código Penal excluiu a antecipação terapêutica do parto das hipóteses criminalizadas de aborto. Neste sentido :

“(…) A técnica da interpretação conforme a Constituição pode produzir, no entanto, um segundo tipo de resultado: trata-se da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto. A hipótese é ainda mais simples que a anterior. Como se sabe, um mesmo dispositivo, ao incidir sobre circunstâncias diferentes, pode produzir normas diversas ; e é perfeitamente possível que uma ou alguma delas se mostrem inconstitucionais por conta de suas características particulares. Ora, por meio da interpretação conforme, no lugar de declarar inconstitucional o dispositivo como um todo, bastará reduzir sua aparente abrangência para o fim de excluir aquela hipótese de sua incidência. (...) A aplicação de tais idéias à discussão travada na ADPF n. 54 é intuitiva. Nela não se pretendia que o STF editasse qualquer norma nova, mas apenas que declarasse a inconstitucionalidade de uma determinada incidência dos enunciados referidos no Código Penal.” (pgs. 350/351 – Luís Roberto Barroso – O Novo Direito Constitucional Brasileiro – Editora Forum – Belo Horizonte - 2013)

Outro caminho pode ser manejar a Ação Direta de Inconstitucionalidade para considerar inválida a supressão efetivada pela EC 45/2004 ao texto constitucional onde se encontra a vedação sob comento. É verdade que este caminho acabaria por contrapor Judiciário e Legislativo, mas, seria uma outra possibilidade para desfazer um erro.

Não há mais o que esperar e é preciso tomar uma posição sobre tão relevante questão, antes, porém, pesquisando junto aos colegas qual o pensamento da maioria sobre o tema para que se alcance a legitimidade para o pleito.

Excepcionalmente, é possível inclusive prever uma solução intermediária no sentido de que aquele que se encaminhe para a vida política, ao voltar ao *parquet* jamais possa ser designado na função de Ministério Público eleitoral.

7. Conclusão :

É possível apresentar as seguintes conclusões objetivas que sustentam a tese que ora se propõe :

- a) O Ministério Público brasileiro recebeu da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a incumbência de defender a Ordem Jurídica, o Regime Democrático e os Interesse Sociais e Individuais Indisponíveis sendo constituído para seus membros um regime jurídico diferenciado que busca equilibrar garantias e vedações, prerrogativas e deveres, com o objetivo de viabilizar o exercício funcional de modo imparcial e independente no desempenho de sua atividade-fim ;
- b) Dentre as vedações, foi proibido o exercício da atividade político-partidária que a partir da EC 45/2004 tornou-se absoluto ;
- c) Com esta vedação, inviabiliza-se parte importante da cidadania daquele que escolhe o Ministério Público como profissão e por esta razão, ainda que afastado temporariamente do exercício funcional, fica proibido de buscar, por exemplo, um mandato eletivo ;
- d) A restrição não se justifica, sendo desnecessária, inadequada e sem razoabilidade o que

- a torna, com a versão trazida pela reforma do Judiciário, inconstitucional, uma vez que anula o princípio democrático sem ser capaz de realizar a independência funcional ;
- e) Cabe ao Procurador-Geral da República ou mesmo à CONAMP, utilizarem-se da Ação Declaratória de Constitucionalidade sobre os dispositivos da LC 75/93 (LOMPU) e da L 8625/93 (LONMP) que autorizam a vinculação partidária ao membro do *parquet* para obter interpretação conforme a constituição no sentido de excluir apenas a versão que permita o exercício da atividade político-partidária pelo membro do Ministério Público de forma concomitante com o exercício funcional, admitindo-a quando houver o prévio afastamento, ainda que temporário de sua atividade ministerial ;
- f) Alternativamente, seria o caso de propor uma Ação Direta de Inconstitucionalidade contra a EC 45/2004 que suprimiu parte do texto que ressalvava o tratamento da vedação do exercício da atividade político-partidária pelas leis orgânicas, evidenciando não se tratar de proibição absoluta ;
- g) Seria importante forma de legitimação, previamente à deflagração do controle de constitucionalidade, realizar uma pesquisa com os membros do Ministério Público brasileiro para saber se apoiariam ou não a medida.

8. Bibliografia :

- AIETA, Vânia Siciliano. Mandato Eletivo. Estudos em Homenagem ao Prof. Siqueira Castro. Tomo III. Lumen Juris. 2006.
- BARCELLOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais – O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Editora Renovar. Ano 2002.
- _____. Ponderação, racionalidade e Atividade Jurisdicional. Editora Renovar. 2005.
- BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. Editora Saraiva. 3ª edição.
- _____. A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil. Editora Renovar. 2007.
- _____. O Novo Direito Constitucional Brasileiro. Editora Fórum. 2013.
- _____. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. Editora Saraiva. 5ª edição. 2011.
- BINENBOJM, Gustavo. A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira – Legitimidade Democrática e Instrumento de Realização. Editora Renovar. Rio de Janeiro – São Paulo. 2001.
- BONAVIDES, Paulo, Teoria do Estado, Editora Malheiros, 4ª edição, 2003.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais. Ed.Forense. Ano 2003.
- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. O Ministério Público no Processo Civil e Penal. Editora Forense. 6ª edição. 2001.
- GARCIA, Emerson. Ministério Público – Organização, Atribuições e Regime Jurídico. 3ª edição. Lúmen Júris. Rio de Janeiro. 2008.
- GODINHO, Robson Renault. A Proteção Processual dos Direitos dos Idosos. Lúmen Júris. 2007.
- JATAHY, Carlos R. de Castro. Curso de Princípios Institucionais do Ministério Público. 4ª ed.

L.Juris. RJ. 2009.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Regime Jurídico do Ministério Público. Saraiva. 7ª edição. 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira ; COELHO, Inocêncio Mártires ; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais. Editora Brasília Jurídica. 1ª ed. Ano 2002.

_____. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. Saraiva. 3ª edição. 2004.

NETO, Cláudio Pereira de Souza ; BERCOVICI, Gilberto ; FILHO, José Filomeno de Moraes ;

LIMA, Martonio Mont'Alverne B.. Teoria da Constituição – Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional. Editora Lúmen Júris. Ano 2003.

_____. Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa. Renovar. 2006.

PENÃ, Guilherme. Direito Constitucional. Teoria da Constituição. Editora Lúmen Júris. Rio de Janeiro. 2003.

PEREIRA, Jane reis Gonçalves. Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais. Renovar. 2006.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. Ed. Max Limonad. 4ª edição.

RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. São Paulo : Martins Fontes, 1997.

SARLET, Ingo W., A Eficácia dos Direitos Fundamentais, 3ª Ed., Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre 2003.

_____. Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. Editora Renovar. Rio de Janeiro – São Paulo. 2003.

SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Editora Lúmen Júris. Ano 2004.

STRECK, Lenio Luiz, Jurisdição Constitucional e Hermenêutica, Ed Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. Teoria dos Direitos Fundamentais. Renovar. 1999.

* Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Legitimidade ativa do PGJ do Ministério Público Estadual para o controle concentrado de constitucionalidade em abstrato perante o STF uma vez demonstrado o interesse regional ou local a ser tutelado

*Claudio Tenorio Figueiredo Aguiar**

Síntese Dogmática

O controle de constitucionalidade no Brasil é considerado eclético. A legitimidade ativa para a causa, outrora restrita ao PGR, foi plenamente ampliada. O Ministério Público brasileiro tem como uma de suas missões a defesa da ordem jurídica o que por óbvio inclui a defesa da Constituição. Não existe qualquer hierarquia entre Ministério Público da União e Ministério Público Estadual. O Ministério Público brasileiro adota o mesmo modelo de organização do Estado quanto à sua forma, a federação, razão pela qual entre os Ministérios Públicos vigora uma relação de autonomia. Neste cenário, não se justifica a negativa de legitimidade ativa para a causa ao Procurador-Geral de Justiça para que possa inaugurar o controle concentrado em abstrato de constitucionalidade das leis e atos normativos que estejam a violar a Constituição da República perante o STF uma vez demonstrado o interesse regional ou local a ser tutelado. Limitar a atribuição do Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público estadual a apenas encaminhar um pedido ou representação ao Procurador-Geral da República ou à CONAMP é diminuir o *parquet* estadual e incidir em inconstitucionalidade por violação da autonomia e por reconhecimento de hierarquização entre os Ministérios Públicos.

1. Estrutura Organizacional do Ministério Público Brasileiro :

A estrutura organizacional do Ministério Público no Brasil é apresentada no artigo 128, I e II (segundo o STF, MP Comum em diferenciação ao MP especial que alcança o MP junto ao Tribunal de Contas cuja natureza e estrutura em nada se assemelham ao MP comum), do texto constitucional evidenciando a absorção da forma de Estado adotada no país.

O conceito federativo aplicado ao *parquet* nacional indica a existência de 26 (vinte e seis) Ministérios Públicos estaduais além do Ministério Público da União com seus 4 (quatro) ramos e especializações (por opção do constituinte, não foi criado como um 5º ramo do MPU o chamado MP eleitoral que é uma função atribuída ao MPF e também exercida pelo MPE na justiça eleitoral de 1º grau conforme dispõem os artigos 72 ao 80 da LC 75/93), havendo como consequência uma verdadeira autonomia administrativa, funcional, financeira, legislativa e orçamentária de cada qual para com os seus pares, a exceção dos ramos do MPU entre os quais há de existir uma vinculação maior.

Por longo tempo, esta autonomia dificultou a formação de uma identidade nacional para o Ministério Público brasileiro o que parece ter ficado no passado a partir de uma evidente

aproximação facilitada pela existência da CONAMP, do CNPG e do próprio CNMP. Entretanto, por mais que devemos buscar uma unidade nacional (José Afonso da Silva defende o caráter nacional e unitário do MP brasileiro) que só nos fortalecerá, a construção deste caminho depende da aplicação do conceito de federalismo por cooperação, sem imposição e através do acordo com o estabelecimento de consensos mínimos, tendendo a ser, por outro lado, um laço mais forte e duradouro do que aquele que une, por exemplo, os órgãos do Poder Judiciário.

Outra consequência da autonomia entre os vários Ministérios Públicos que existem no Brasil ocorre diante da constatação de que são 28 (vinte e oito) leis orgânicas vigentes que estabelecem a organização, as atribuições e o estatuto do *parquet* nacional. Há uma para o MPU, outra de caráter nacional com normas gerais para os Ministérios Públicos estaduais que ainda possuem uma lei orgânica específica. Além disso, há diferentes tratamentos, inclusive em sede constitucional (art. 128 §§ 1º ao 4º da CRFB/88) no que tange a aspectos do sistema de escolha e destituição da chefia institucional, tempo destinado à investidura por prazo determinado e condições exigidas daquele que pretende se tornar o Procurador-Geral.

Por conta da referida autonomia institucional é que em diversas oportunidades, que serão detalhadas abaixo, o STF destacou a inexistência de hierarquia entre os diversos Ministérios Públicos no Brasil merecendo destaque as razões que justificaram a solução dada para tratar do conflito de atribuições, a motivação da decisão que referendou a inexistência de prazo comum para o exercício da opção pelo regime jurídico anterior, a justificativa dada para a inaplicabilidade da simetria no sistema de escolha ou destituição para a chefia institucional (ADI 3727 – STF – 12/05/2010) e mais recentemente a mudança na interpretação que era literal de texto já existente há muito no sentido de passar a permitir que o *parquet* estadual possa atuar diretamente no STF, independentemente da atuação do MPU ou mesmo no STJ onde foi feita a distinção entre os papéis de órgão agente e interveniente.

Estes passos já percorridos permitem vislumbrar os seguintes, sendo um deles, o reconhecimento da legitimidade ativa ao PGJ, chefe do *parquet* estadual, para inaugurar o controle concentrado de constitucionalidade em abstrato perante o STF, questionando lei ou ato normativo em face da Constituição da República, desde que demonstrada a pertinência temática e o interesse regional/local, como veremos a seguir.

2. O conflito de atribuições entre Ministérios Públicos estaduais diversos ou entre ramo do MPU e determinado Ministério Público estadual :

Essa é uma questão que ainda não se encontra estabilizada. Doutrina e jurisprudência ainda divergem sobre a melhor solução para este conflito. A jurisprudência do STF, inicialmente favorável ao devido equacionamento do assunto pelo STJ, aplicando a analogia ao conflito de competência com base no art. 105, I, “d” da CRFB/88, passou para uma nova fase a partir de 2005 quando firmou sua própria competência para julgar o conflito com base na aplicação residual do art. 102, I, “f” da CRFB/88. No momento em que este texto está sendo escrito, o plenário do STF volta a discutir o tema podendo seguir nova orientação em razão do entendimento de novos ministros que passaram a compor nosso maior tribunal (ACO 924/PR – Informativo 707 do STF).

Deixando de lado essa discussão, a ser enfrentada em outro momento, até mesmo ressaltando o entendimento pessoal do autor no sentido de que este não é um problema do Judiciário, o fato é que tem prevalecido desde que o STF afirmou a sua competência para resolver o conflito, em geral através das chamadas Ações Cíveis Originárias, uma fundamentação baseada na inexistência de hierarquia entre MPU x MPE, senão vejamos:

“(…) Também não é possível assentar-se competir ao Procurador-Geral da República a última palavra sobre a matéria. A razão é muito simples: de acordo com a norma do § 1º do artigo 128 do Diploma Maior chefia ele o Ministério Público da União, não tendo ingerência, considerados os princípios federativos, nos Ministérios Públicos dos Estados. Todavia, diante da inexistência de disposição específica na Lei Fundamental relativa à competência, o impasse não pode continuar. Esta Corte tem precedente segundo o qual, diante da conclusão sobre o silêncio do ordenamento jurídico a respeito do órgão competente para julgar certa matéria, a ela própria cabe a atuação: (...) Transporte-se o enfoque para o conflito de atribuições entre o Ministério Público Estadual e o Ministério Público Federal. A solução há de decorrer não do pronunciamento deste ou daquele Ministério Público, sob pena de se assentar hierarquização incompatível com a lei fundamental. (Pet 3528/BA – STF – Pleno – 28/09/2005)

Nítida a argumentação de inexistência de hierarquia entre o Ministério Público da União e os congêneres estaduais reconhecendo a autonomia de cada um.

3. A Reclamação apresentada pelo Ministério Público Estadual diretamente ao STF :

O STF mudou sua orientação sobre a possibilidade de apresentação de Reclamação diretamente pelo MP estadual. Inicialmente, fundamentando seu posicionamento nas previsões da LC 75/93 (LOMPU) que indicavam no artigo 37 c/c art. 46 ser do PGR de modo exclusivo a atribuição para oficiar no STF pelo Ministério Público brasileiro, o que inclusive levou a extinção de algumas reclamações propostas ou mesmo a sua apresentação para ratificação pelo PGR (Rcl 7939/RJ), mais uma vez, com substrato na inexistência de hierarquia entre MPU e MPE e no acesso ao Judiciário, em especial para garantir o efeito vinculante das decisões ou súmulas que tenham esta característica, foi admitida a legitimidade ativa ad causam ao MPE. Abaixo, trechos das referidas decisões.

A) Rcl 7939 / RJ - RIO DE JANEIRO Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA Julgamento: 25/03/2009

RECLTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RECLDO.(A/S): JUIZ DE DIREITO DA 9ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DA CAPITAL (AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 2008.001.078192-9)

INTDO.(A/S): COMPANHIA MUNICIPAL DE LIMPEZA URBANA - COMLURB

ADV.(A/S): LEONARDO MOREIRA LIMA E OUTRO(A/S)

RECLAMAÇÃO. ALEGADO DESCUMPRIMENTO DA SÚMULA VINCULANTE N. 13 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE PARA AJUIZAR RECLAMAÇÃO PERANTE

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECLAMAÇÃO À QUAL SE NEGA SEGUIMENTO.

Relatório

1. Reclamação, com pedido de medida liminar, ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, em 23.3.2009, contra ato do Juízo de Direito da 9ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital do Rio de Janeiro que, nos autos da Ação Civil Pública n. 2008.001.078192-9, teria descumprido a Súmula Vinculante n. 13 do Supremo Tribunal Federal.

(...)

4. Há óbice processual que impede o conhecimento da presente Reclamação.

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, ora Reclamante, não tem legitimidade para atuar originariamente no Supremo Tribunal Federal, incumbência exclusiva do Procurador-Geral da República. É o que dispõe o art. 46 da Lei Complementar n. 75/1993:

‘Art. 46. Incumbe ao Procurador-Geral da República exercer as funções do Ministério Público junto ao Supremo Tribunal Federal, manifestando-se previamente em todos os processos de sua competência.’

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento proferido no Habeas Corpus n. 80.463/DF, tem se firmado no sentido de que ministério público estadual não tem legitimidade para officium perante os tribunais superiores :

(...)

5. Pelo exposto, nego seguimento à presente Reclamação, ficando, por óbvio, prejudicada a medida liminar pleiteada (art. 38 da Lei n. 8.038/1990 e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

Publique-se. Brasília, 25 de março de 2009. Ministra CÁRMEN LÚCIA Relatora

B) Reclamação – Legitimidade Ativa do Ministério Público Estadual – Remição Penal – Súmula Vinculante Nº 9/STF (Transcrições) – Informativo 600 do STF

[RMS - 24736](#)

Reclamação – Legitimidade Ativa do Ministério Público Estadual – Remição Penal – Súmula Vinculante Nº 9/STF (Transcrições) Rcl 7245/SP* RELATOR: Min. Celso de Mello EMENTA: REMIÇÃO PENAL (LEP, ART. 127). RECLAMAÇÃO AJUIZADA PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. LEGITIMAÇÃO ATIVA “AD CAUSAM” DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. COMETIMENTO DE FALTA GRAVE POR SENTENCIADO. PERDA DOS DIAS REMIDOS. SENTENÇA QUE CONCEDE A REMIÇÃO PENAL. ATO DECISÓRIO INSTÁVEL OU CONDICIONAL. RECEPÇÃO DO ART. 127 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL PELA VIGENTE ORDEM CONSTITUCIONAL. DESRESPEITO À SÚMULA VINCULANTE Nº 09/STF. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE. - O Ministério Público dos Estados-membros dispõe de legitimidade ativa “ad causam” para ajuizar, originariamente, perante o Supremo Tribunal Federal, reclamação destinada a fazer prevalecer a autoridade de enunciado constante de súmula vinculante, cujo teor normativo tenha sido concretamente desrespeitado por ato emanado do Poder Executivo ou proferido por

qualquer órgão do Poder Judiciário. - Inexiste qualquer relação de dependência ou de subordinação entre o Ministério Público dos Estados-membros e o Procurador-Geral da República, considerada a prerrogativa de autonomia institucional de que também se acha investido, por efeito de explícita outorga constitucional (CF, art. 127, § 1º), o “Parquet” estadual. - Inadmissível, desse modo, exigir-se que a atuação processual do Ministério Público local se faça por intermédio do Procurador-Geral da República, que não dispõe de poder de ingerência na esfera orgânica do “Parquet” estadual, pois lhe incumbe, unicamente, por expressa definição constitucional (CF, art. 128, § 1º), a Chefia do Ministério Público da União.

Há que se destacar no julgado logo acima mencionado mudança de orientação e a autonomia reconhecida pelo STF entre os Ministérios Públicos no Brasil.

4. O Ministério Público estadual no STJ :

Da mesma forma, o STJ passou a diferenciar a atuação como órgão agente e órgão interveniente (*custos legis*), fundada também e ainda mais uma vez na falta de hierarquia entre MPU e MPE, para permitir ao *parquet* estadual a presença nos julgamentos da referida corte, em especial nas demandas originadas naquela unidade da federação. Abaixo, transcreve-se importante julgado neste sentido :

O Ministério Público estadual tem legitimidade recursal para atuar no STJ. O entendimento até então adotado pelo STJ era no sentido de conferir aos membros dos MPs dos estados a possibilidade de interpor recursos extraordinários e especiais nos tribunais superiores, restringindo, porém, ao procurador-geral da República (PGR) ou aos subprocuradores da República por ele designados a atribuição para officiar junto aos tribunais superiores, com base na LC n. 75/1993 e no art. 61 do RISTJ. A nova orientação baseia-se no fato de que a CF estabelece como princípios institucionais do MP a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional (art. 127, § 1º, da CF), organizando-o em dois segmentos: o MPU, que compreende o MPF, o MPT, o MPM e o MPDFT; e o MP dos estados (art. 128, I e II, da CF). O MP estadual não está vinculado nem subordinado, no plano processual, administrativo e/ou institucional, à chefia do MPU, o que lhe confere ampla possibilidade de postular, autonomamente, perante o STJ. A própria CF, ao assentar que o PGR é o chefe do MPU, enquanto os MPs estaduais são chefiados pelos respectivos procuradores-gerais de justiça (PGJ) (art. 128, §§ 1º e 3º, da CF), sinaliza a inexistência dessa relação hierárquica. Assim, não permitir que o MP do estado interponha recursos em casos em que seja autor da ação que tramitou originariamente na Justiça estadual, ou mesmo ajuizar ações ou medidas originárias (mandado de segurança, reclamação constitucional, pedidos de suspensão de segurança ou de tutela antecipada) nos tribunais superiores, e nelas apresentar recursos subsequentes (embargos de declaração, agravo regimental ou recurso extraordinário), significa: (a) vedar ao MP estadual o acesso ao STF e ao STJ; (b) criar espécie de subordinação hierárquica entre o MP estadual e o MP federal, sendo que ela é absolutamente inexistente; (c) cercear a autonomia do MP estadual; (d) violar o princípio federativo; (e) desnaturar o jaez do STJ de tribunal federativo, uma vez que tolheria os meios processuais de se considerarem as ponderações jurídicas do MP estadual, inclusive como um modo de oxigenar a jurisprudência da Corte. Ressalte-se que, nesses casos, o MP estadual officia como autor, enquanto o PGR officia como fiscal da lei, papéis diferentes que não se confundem, nem

se excluem reciprocamente. Esse novo entendimento não acarretará qualquer embaraço ao cumprimento das medidas legais de intimação dos MPs estaduais no âmbito do STJ, já que elas terão como destinatários, exclusivamente, os respectivos chefes dessas instituições nos estados. De igual modo, não se vislumbra qualquer dificuldade quanto ao local de onde deve se pronunciar oralmente o PGJ ou seu representante especialmente designado para tal ato, que tomará a tribuna reservada às partes, deixando inalterada a posição do membro do *Parquet* federal atuante no órgão julgador do STJ, o qual estará na qualidade de *custos legis*. Precedente citado do STF: RE 593.727-MG (questão de ordem). **AgRg no AgRg no AREsp 194.892-RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 24/10/2012 – Informativo 507.**

5. Conclusões

Um próximo passo possível, necessário e esperado, fundado na autonomia, é reconhecer presente no ordenamento jurídico nacional, ainda que de modo implícito, a legitimidade ativa do PGJ, chefe do *parquet* estadual, para inaugurar o controle concentrado em abstrato de constitucionalidade perante o STF para combater lei ou ato normativo que afronte a Constituição da República, desde que demonstre interesse local/regional a evidenciar a chamada pertinência temática.

Atualmente, se há, por exemplo, uma lei estadual que fere ao mesmo tempo a Constituição Estadual e a Constituição da República, o PGJ possui legitimidade ativa para inaugurar o controle de constitucionalidade concentrado em abstrato perante o TJ local tendo como paradigma a Constituição do Estado, mas não pode fazê-lo perante o STF, tendo como paradigma a Constituição da República.

Esta situação gera dois inconvenientes. O primeiro é a possibilidade de não esgotamento do tema através da possibilidade de ser manejado o Recurso Extraordinário. O segundo é a necessidade de representar ao PGR ou à CONAMP, neste último caso apenas quando envolva interesse de seus associados, para que um dos dois legitimados, sendo o primeiro universal e o segundo não, decida por sua própria vontade se vai ou não levar a questão adiante através da competente ação para controle de constitucionalidade (ADI, ADC, ADPF, ADI por Omissão).

O que se vislumbra na hipótese é uma espécie de hierarquização que limita a defesa da Constituição brasileira contra os ataques que sofra país afora. Na sua independência funcional, pode o PGR deixar de ingressar com a ação cujo pleito foi efetivado pelo PGJ de um determinado estado.

Quando o PGR era o único legitimado para a ADI (EC 16/65), até se poderia entender, mas, depois da CRFB/88, tal limitação de modo a excluir o PGJ não se justifica. Sobre o tema

“(…) Foi no tocante à legitimação ativa para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade que se operou a maior transformação no exercício da jurisdição constitucional no Brasil. Desde a criação da ação genérica, em 1965, até a Constituição de 1988, a deflagração do controle abstrato e concentrado de constitucionalidade era privativa do Procurador-Geral da República. Mais que isso, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido da plena discricionariedade do chefe do Ministério Público Federal no juízo acerca da propositura ou não da ação, sem embargo de

posições doutrinárias importantes em sentido diverso. Desse modo, era ele o árbitro exclusivo e final acerca da submissão ou não da discussão constitucional ao STF. Registre-se, por relevante, que o Procurador-Geral da República ocupava cargo de confiança do Presidente da República, do qual era exonerável ad nutum. Assim sendo, o controle de constitucionalidade por via de representação ficava confinado às hipóteses que não trouxessem maior embaraço ao Poder Executivo.” (**BARROSO, Luís Roberto, O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro, Editora Saraiva, 2011, 5ª edição, pg.182**)

No estado brasileiro, além dos Poderes, também é incumbência do MP defender a Constituição na forma estabelecida pela função institucional prevista no artigo 129, IV da Carta da República reproduzida nas leis orgânicas correspondentes. Obviamente que ao Poder Judiciário, não poderia ser deferida a atribuição de propor qualquer ação para realizar o controle de constitucionalidade, pois é o próprio órgão que vai julgá-las seja no controle difuso ou no modo concentrado. Quanto aos demais, tanto o Executivo quanto o Legislativo foram contemplados. Aos governadores dos estados e do DF assim como às Assembléias Legislativas ou Câmara Legislativa do DF foi deferida a possibilidade de ingressar diretamente no STF demonstrando a pertinência temática configurada no interesse regional violado por determinado ato normativo que afronta a Constituição da República. Nesse cenário, porque deixar de fora os PGJ’S dos MPE’S e permitir apenas ao PGR a legitimidade ativa ?

Não há motivo para a exclusão. Aliás, ela não existe. Está implicitamente presente no art. 103, VI da CRFB/88 que ao se referir ao PGR na verdade tinha a intenção de indicar os Procuradores Gerais que nos estados possuem outra nomenclatura. Essa a única interpretação viável. Inclusive, este caminho foi usado por muito tempo para legitimar como autores no controle concentrado de constitucionalidade tanto o Governador quanto a Câmara Legislativa do DF, esquecidos na versão original da Constituição brasileira de 1988 cuja correção ou explicitação só se deu por via da EC 45/2004, mesmo que antes deste esclarecimento, já estivesse reconhecida a referida legitimidade.

“(…) Com a Constituição de 1988, no entanto, foi suprimido o monopólio até então desfrutado pelo Procurador-Geral da República, com a ampliação expressiva do elenco de legitimados ativos para a propositura da ação direta, enunciados nos nove incisos do art. 103. (...) 17. CF: “Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#) I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#) V o Governador de Estado ou do Distrito Federal; [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#) VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.” A redação do dispositivo foi alterada pela EC n. 45/2004, que apenas explicitou a legitimidade do Governador e da Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal. A redação anterior somente fazia referência às autoridades dos Estados-membros, mas a jurisprudência do STF e, posteriormente, a Lei n. 9.868/99 já haviam feito a equiparação, atentando para a lógica do sistema constitucional. Na jurisprudência

do STF, v. STF, DJU, 21 fev. 1992, ADInMC 645-DF, rel. Min. Ilmar Galvão.”
(BARROSO, Luís Roberto, O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro, Editora Saraiva, 2011, 5ª edição, pg.183)

De qualquer forma, não há lógica em vedar ao PGJ do MPE a referida atuação ainda mais porque se admite sua presença como AMICUS CURIAE, o que de qualquer forma o leva a participar do julgamento perante o STF. Neste sentido :

ADI 4203 / RJ - RIO DE JANEIRO Relator(a): Min. MENEZES DIREITO Julgamento: 18/05/2009

REQTE.(S): ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO - CONAMP

ADV.(A/S): ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA E OUTRO(A/S)

REQDO.(A/S): ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

INTDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

(...)

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro requereu o ingresso no feito na qualidade de amicus curiae, pugnando pela procedência da ação direta.

(...)

Admito o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro como amicus curiae.

Reautue-se. Publique-se.

Brasília, 18 de maio de 2009. Ministro MENEZES DIREITO - Relator

Nem se diga que o controle de constitucionalidade concentrado no âmbito estadual estará enfraquecido, pois, permanecerá útil no controle de atos municipais violadores da Constituição Estadual, eis que quando a violação decorre de ato normativo estadual já se esvazia naturalmente sua ocorrência do Tribunal local/regional pela possibilidade de levar o debate diretamente ao STF.

Portanto, inexistindo hierarquia entre MPU x MPE, todos autônomos entre si e, estando plenamente justificada a missão dos Ministérios Públicos Estaduais através dos respectivos PGJ's no sentido de defenderem a Constituição da República contra as violações perpetradas no âmbito local/regional pelos atos normativos produzidos por lá ou mesmo em relação àqueles que tenham repercussão que os alcance, evidente que sua legitimidade ativa para pleitear diretamente perante o STF a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade das leis e atos normativos violadores da Constituição da República há de ser reconhecida de imediato, independentemente de qualquer alteração no art. 103, VI da CRFB/88 que obviamente, pode ser feita com a finalidade de explicitar algo que já está lá, exatamente como aconteceu com o Governador e com a Câmara Legislativa do Distrito Federal.

6. Bibliografia :

AIETA, Vânia Siciliano. Mandato Eletivo. Estudos em Homenagem ao Prof. Siqueira Castro. Tomo III. Lumen Juris. 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais – O Princípio

da Dignidade da Pessoa Humana. Editora Renovar. Ano 2002.

_____. Ponderação, racionalidade e Atividade Jurisdicional. Editora Renovar. 2005.

BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. Editora Saraiva. 3ª edição.

_____. A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil. Editora Renovar. 2007.

_____. O Novo Direito Constitucional Brasileiro. Editora Fórum. 2013.

_____. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. Editora Saraiva. 5ª edição. 2011.

BINENBOJM, Gustavo. A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira – Legitimidade Democrática e Instrumento de Realização. Editora Renovar. Rio de Janeiro – São Paulo. 2001.

BONAVIDES, Paulo, Teoria do Estado, Editora Malheiros, 4ª edição, 2003.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais. Ed.Forense. Ano 2003.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. O Ministério Público no Processo Civil e Penal. Editora Forense. 6ª edição. 2001.

GARCIA, Emerson. Ministério Público – Organização, Atribuições e Regime Jurídico. 3ª edição. Lúmen Júris. Rio de Janeiro. 2008.

GODINHO, Robson Renault. A Proteção Processual dos Direitos dos Idosos. Lúmen Júris. 2007.

JATAHY, Carlos R. de Castro. Curso de Princípios Institucionais do Ministério Público. 4ª ed. L.Juris. RJ. 2009.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Regime Jurídico do Ministério Público. Saraiva. 7ª edição. 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira ; COELHO, Inocêncio Mártires ; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais. Editora Brasília Jurídica. 1ª ed. Ano 2002.

_____. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. Saraiva. 3ª edição. 2004.

NETO, Cláudio Pereira de Souza ; BERCOVICI, Gilberto ; FILHO, José Filomeno de Moraes ;

LIMA, Martonio Mont'Alverne B.. Teoria da Constituição – Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional. Editora Lúmen Júris. Ano 2003.

_____. Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa. Renovar. 2006.

PENÃ, Guilherme. Direito Constitucional. Teoria da Constituição. Editora Lúmen Júris. Rio de Janeiro. 2003.

PEREIRA, Jane reis Gonçalves. Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais. Renovar. 2006.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. Ed. Max Limonad. 4ª edição.

RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. São Paulo : Martins Fontes, 1997.

SARLET, Ingo W., A Eficácia dos Direitos Fundamentais, 3ª Ed., Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre 2003.

_____. Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e

Comparado. Editora Renovar. Rio de Janeiro – São Paulo. 2003.

SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Editora Lúmen Júris. Ano 2004.

STRECK, Lenio Luiz, Jurisdição Constitucional e Hermenêutica, Ed Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. Teoria dos Direitos Fundamentais. Renovar. 1999.

* Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

A Atividade de Inteligência Como Instrumento da Efetiva Consecução da Missão Constitucional do Ministério Público

*Emiliano Antunes Motta Waltrick**

Síntese Dogmática

A presente tese tem por objetivo analisar no âmbito do Ministério Público a importância da atividade de inteligência, entendida como a atividade permanente e especializada de obtenção de dados, produção e difusão metódica de conhecimentos, a fim de assessorar um decisor na tomada de uma decisão, com o resguardo do sigilo, quando necessário para a preservação da própria utilidade da decisão, da incolumidade da instituição ou do grupo de pessoas a que serve. Tal atividade, em sentido amplo, abrange, ainda, a prevenção, detecção, obstrução e neutralização das ameaças (internas e externas) às informações, áreas, instalações, meios, pessoas e interesses a que a organização serve (contra-inteligência). Após uma pequena análise da relação do Ministério Público com o Sistema Brasileiro de Inteligência (SISBIN) e com o Subsistema de Inteligência de Segurança Pública (SISP), analisa-se a existência de uma inteligência dita ministerial e a importância da estruturação de uma unidade própria em cada ramo do Ministério Público, como a elaboração de um plano, um manual e uma doutrina, como instrumento indissociável para a efetiva consecução de sua missão constitucional de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Elencam-se os aspectos positivos da existência de tal unidade, que possibilita o incremento da atuação ministerial, subsidiando a tomada de decisões nos níveis táticos e estratégicos, qualificando o atingimento dos objetivos constitucionais do Ministério Público, reduzindo os riscos da tomada de decisões isoladas, desconexas, contraditórias e destoantes de uma estratégia delimitada e planejada e auxiliando num funcionamento institucional mais estruturado, coerente, eficaz e seguro. Ademais, a estruturação de uma unidade de inteligência permite o compartilhamento de dados, informações e conhecimentos com outras unidades externas assemelhadas, além de receber, concentrar e processar a imensa gama de informações dispersas na instituição, transformando-as em conhecimento, estabelecendo um fluxo sistemático e viabilizando que tais dados e informações tenham uma utilidade concreta e prática, o que permite que a instituição atue em caráter preventivo nas diversas áreas de atuação, incrementa a atividade de controle externo da atividade policial, notadamente em relação às suas próprias unidades de inteligência e possibilita acesso ao conhecimento e uso de técnicas e procedimentos operacionais disponibilizados pela atividade de inteligência, que são imprescindíveis em face da ampla gama de atribuições e da complexidade dos desafios impostos aos membros do Ministério Público. Igualmente, a contra-inteligência (que se insere na atividade de inteligência) garante a atuação ministerial, protegendo a incolumidade física de seus membros e instalações e o adequado gerenciamento dos dados, informações e conhecimentos a que tem

acesso. Por fim, sugere-se o estabelecimento de convênios de cooperação técnica e capacitação profissional com a Agência Brasileira de Inteligência (ABIN) e a criação de uma ferramenta de busca em banco de dados que permita que cada membro ao inserir as informações de sua investigação possa consultar a existência de feitos semelhantes, envolvendo o mesmo objeto, as mesmas pessoas, instituições, organizações, empresas, etc, possibilitando o intercâmbio de conhecimentos, a racionalização e celeridade dos procedimentos, evitando-se diligências infrutíferas ou já realizadas, além de uma atuação preventiva e regional.

Justificativa

O termo inteligência não possui uma definição universal, existindo diversos conceitos doutrinários, inexistindo na literatura especializada um consenso quanto ao que se classifica como tal. Inobstante a pertinência e adequação dos vários conceitos trazidos por renomados autores nacionais e internacionais, muitos deles consagradas doutrinariamente ou até mesmo em classificações legais, para o escopo deste trabalho adota-se a definição trazida por ALMEIDA NETO (2009, p. 28):

[...] é possível definir inteligência como a atividade permanente e especializada de obtenção de dados, produção e difusão metódica de conhecimentos, a fim de assessorar um decisor na tomada de uma decisão, com o resguardo do sigilo, quando necessário para a preservação da própria utilidade da decisão, da incolumidade da instituição ou do grupo de pessoas a que serve. Tal atividade, em sentido amplo, abrange, ainda, a prevenção, detecção, obstrução e neutralização das ameaças (internas e externas) às informações, áreas, instalações, meios, pessoas e interesses a que a organização serve (contra- inteligência)

Em que pese ser prontamente identificada como atividade vinculada à defesa e segurança de Estados Nacionais ou de interesse das forças armadas ou de defesa e possuir muitas vezes uma imagem estereotipada e negativa em virtude de abusos e arbitrariedades cometidas no passado recente, curial observar que a inteligência se faz presente em várias categorias, não só como inteligência clássica (de Estado), mas até mesmo como inteligência corporativa (empresarial).

Interessando precipuamente ao Ministério Público está a denominada inteligência de segurança pública, integrada pela inteligência policial (exercida pelas polícias civis, militares e federal), inteligência financeira (cujo maior exemplo é o Conselho de Controle de Atividades Financeiras- COAF) e inteligência fiscal (exercida pelos órgãos fazendários), que inclusive compõe um subsistema no âmbito do Sistema Brasileiro de Inteligência, conforme o Decreto nº 3.695, de 21 de dezembro de 2000 e a Resolução nº 01, de 15 de julho de 2009-Secretaria Nacional de Segurança Pública.

A propósito o atual formato existente na área de inteligência surgiu com a criação do Sistema Brasileiro de Inteligência (SISBIN) e da Agência Brasileira de Inteligência (ABIN), através da Lei nº 9.883, de 07 de dezembro de 1999 e Decreto nº 4.376, de 13 de setembro de 2002.

Analisando-se a legislação de regência verifica-se que o Ministério Público não integra o Sistema Brasileiro de Inteligência (SISBIN) e o Subsistema de Inteligência de Segurança Pública (SISP) e nem poderia ser diferente em virtude de sua autonomia administrativa,

desvinculação a qualquer outro Poder e da independência funcional de seus membros, embora fosse recomendável que fosse assegurada sua participação segundo sua conveniência, justamente em função dos valores que ditos sistemas buscam proteger.

No entanto tal circunstância em si não significa que a atividade de inteligência não importa ao Ministério Público ou que não lhe seja de interesse, até porque indissociável para a efetiva consecução de sua função de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Ademais, sendo cediço que a dita comunidade de inteligência compartilha dados, informações e conhecimentos através de canais seguros, utilizando-se de métodos padronizados e específicos, se faz indispensável o desenvolvimento de um sistema de inteligência próprio do Ministério Público e que necessariamente deve ser cooperativo entre si e com o SISBIN e SISP.

Assim, conforme a expressão cunhada por PACHECO (apud, ALMEIDA NETO, 2009, p.146) surge a **inteligência ministerial**:

[...] compreendida como um terceiro tipo de atividade de inteligência pública (ao lado da *inteligência "clássica"* e da *inteligência de segurança* pública), pois não se restringe apenas ao assessoramento de decisões relativas ao âmbito criminal e da segurança pública, mas sim de todas aquelas decisões que serão tomadas, nos níveis táticos e estratégicos, com o escopo de cumprir a missão constitucional do Ministério Público de proteção eficiente dos direitos fundamentais.

E tal circunstância já é uma realidade concreta em diversos ramos do Ministério Público Nacional, com intercâmbio de dados, informações e conhecimentos com outros órgãos da comunidade de inteligência, termos de cooperação técnica e capacitação profissional com a ABIN e incluindo a elaboração de uma Doutrina Nacional de Inteligência do Ministério Público pelo Grupo de Segurança Institucional (GSI) do Grupo Nacional de Combate às Organizações Criminosas (GNCOOC), aprovada pelo Colégio Nacional dos Procuradores-Gerais (CNPGE).

Assim sendo, mister a estruturação de uma unidade de inteligência em cada ramo do Ministério Público (e que coopere mutuamente com as demais unidades de inteligência ministerial, estabelecendo um fluxo constante de informações), assim como seja estabelecida e difundida a todos os membros uma doutrina específica a respeito da matéria, com métodos, instrumentos e técnicas próprias, de modo que a atividade de inteligência seja devidamente estruturada e controlada.

Referida unidade de inteligência, estruturada de forma metódica e composta de equipes técnicas especializadas, é capaz de receber, reunir, concentrar e processar a imensa gama de informações que fluem na sociedade e que versam sobre desvios de verbas públicas, atos de corrupção, organizações criminosas, violações a direitos fundamentais, crimes graves etc, transformando-as em conhecimento (inteligência), possibilitando que o membro do Ministério Público possa atuar de forma mais célere e resolutiva (até mesmo em caráter preventivo).

Frise-se que referida unidade pode examinar e processar não só aquelas informações colhidas externamente ou compartilhadas por outras instituições afins, mas também aquela imensa gama de dados que existem na própria instituição e que afluem cotidianamente, sem que sejam concretamente e eficazmente tratados e utilizados.

A respeito pode-se exemplificar com uma das atividades possíveis da unidade de inteligência a seleção, avaliação, interpretação e processamento dos dados estatísticos que são mensalmente encaminhados às Corregedorias e ao Conselho Nacional do Ministério

Público, estruturando-se uma base de dados que pode incluir padrões de criminalidade regionais, identificação de áreas de atuação com maior vulnerabilidade, etc.

Da mesma forma, a unidade de inteligência pode funcionar como difusor a outros membros de conhecimentos acerca de dinâmicas delituosas, indivíduos e grupos envolvidos, sendo que com a adoção de sistemas informatizados de controle das atividades ministeriais a obtenção de dados se tornou simplificada.

Imagine-se que um membro do Ministério Público esteja investigando fraudes em licitação em um município qualquer e identifique a participação de determinada empresa, o *modus operandi* e as pessoas ou grupos (particulares ou dentro do próprio serviço público) que atuem no esquema. Pois bem, em regra, serão adotadas as providências cabíveis, mas as informações coletadas na investigação muito possivelmente não serão repassadas pelos canais formais ou até mesmo informais a outros colegas, que inclusive poderiam estar investigando casos semelhantes envolvendo as mesmas pessoas ou empresas.

Do contrário, se tais informações fossem encaminhadas à unidade de inteligência, poderiam ser processadas, classificadas e encaminhadas a outros membros do Ministério Público, que diante de tais conhecimentos poderiam otimizar suas próprias investigações ou até mesmo em caráter preventivo impedir que referida empresa participasse de outros procedimentos licitatórios, comprovando ser a atividade de inteligência um instrumento útil e necessário para que a missão constitucional do Ministério Público seja cumprida com eficiência.

Como ensina PACHECO (2005):

Há uma imensa “massa de informação” com a qual, por exemplo, o Ministério Público e as Receitas estaduais e federal têm que lidar cotidianamente, seja quanto aos seus trabalhos forense ou fiscal, seja quanto ao estabelecimento e execução de suas políticas e estratégias institucionais (execução orçamentária, gestão de seus recursos humanos, financeiros e materiais, planos gerais de atuação, relacionamento com outras instituições etc.). Certamente viola o princípio constitucional da eficiência (art. 37, *caput*, CR) que tais órgãos públicos trabalhem com essa “massa de informações” de maneira meramente empírica, acarretando grande desperdício de recursos humanos, materiais e financeiros. Os órgãos públicos, portanto, devem utilizar-se de métodos, técnicas e ferramentas adequadas para lidar com as informações necessárias ao desempenho de suas finalidades. Não importa se serão utilizados os métodos, as técnicas e as ferramentas do que se convencionou denominar de “atividades de inteligência” ou, numa visão mais “gerencial”, dos seus equivalentes dos sistemas de gestão da informação e da inteligência competitiva, pois, diante da crescente complexidade dos fatos com os quais os órgãos públicos lidam e a necessidade de sua atuação sistêmica, o certo é que devem utilizar algum sistema de gestão de informação, superando a fase individualista e amadorística de muitos servidores públicos e alcançando a racionalidade gerencial exigida pelo princípio constitucional da eficiência. [...] Os modelos estatais de “atividade de inteligência” ou de “sistema de inteligência” constituem uma certa ordenação, adequação e organização de métodos, técnicas e ferramentas de gestão da informação, especialmente destinados ao processo decisório governamental. [...] Alguns desses modelos já estão suficientemente consolidados e testados em situações semelhantes às da atuação, por exemplo, do Ministério Público e das Receitas estaduais e federal. Portanto, poderiam ser facilmente adaptados. Possivelmente isso seria mais vantajoso e menos dispendioso para tais órgãos públicos do que aplicar às

suas atividades sistemas genéricos de gestão da informação, idealizados, normalmente, para organizações muito diferentes dos órgãos públicos.

Com a instituição do Programa de Registro, Acompanhamento e Organização das Atividades Finalísticas Extrajudiciais do Ministério Público do Estado do Paraná (PRO-MP), através do Ato Conjunto nº 02, da Procuradoria-Geral de Justiça e Corregedoria-Geral do Ministério Público, de 06 de outubro de 2010, criou-se um fantástico instrumento para a obtenção de dados e difusão de conhecimentos, já que ao reunir todos os procedimentos extrajudiciais em um sistema informatizado, inclusive com a geração de relatórios e dados estatísticos, permite-se que situações assemelhadas ao exemplo acima relatado possam ser facilmente constatadas e difundidas, através até mesmo da criação de uma ferramenta de busca contida no próprio sistema em que o membro do Ministério Público possa inserir dados de pessoas, empresas, organizações, órgãos públicos, etc e ter acesso as todas as investigações que os envolvem, seu objeto, andamento e solução jurídica, permitindo a identificação de situações semelhantes, contato com colegas que enfrentaram as mesmas conjunturas e até mesmo estimulando o enfrentamento da questão no âmbito regional e até mesmo interestadual.

Assim a inteligência ministerial tanto pode ser voltada a auxiliar investigações concretas e subsidiar o planejamento e a execução de ações (inteligência tática), quanto utilizada para assessorar o processo decisório institucional (inteligência estratégica).

Mais além, cotidianamente os membros do Ministério Público, notadamente aqueles envolvidos em investigações criminais, ainda que despercebidamente, lidam com técnicas e procedimentos operacionais típicos da atividade de inteligência, como a coleta, busca, vigilância, interceptação de comunicações, entrevista, interrogatório e infiltração, algumas delas previstas expressa e implicitamente na recentíssima Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013 (que, entre outros, dispõe sobre a investigação criminal e os meios de obtenção de prova) e que demandam a difusão de conhecimentos técnico/teóricos aos membros do Ministério Público.

Ademais, como se infere no conceito acima citado, uma função indissociável da inteligência é a contra-inteligência, dentro da qual se insere a segurança institucional (orgânica e institucional), indispensável para garantia da intangibilidade física de seus membros e proteção das informações sigilosas a que tem acesso.

Desta maneira, a estruturação de uma unidade de inteligência (com um departamento de contra-inteligência) permite que a instituição possa gerenciar adequadamente suas informações internas e externas (sigilosas ou não), evitando o acesso e manutenção negligente, criando e fomentado uma cultura de proteção dos dados, informações e conhecimentos da instituição, além de possibilitar a diminuição da vulnerabilidade de seus membros a represálias, inclusive permitindo que o Ministério Público dependa menos de fatores externos para preservar sua própria segurança, o que restou reforçado com a Lei nº 12.694, de 24 de julho de 2012, que prevê a existência de órgãos de segurança institucionais, inclusive com porte de arma de fogo aos servidores que estejam em funções de segurança.

Em suma a estruturação de uma unidade de inteligência acarreta em incremento da efetividade da atuação ministerial em todas as suas áreas, contribuindo para o atingimento de sua missão constitucional, reduzindo os riscos da tomada de decisões isoladas, descontraídas, desconexas, contraditórias e destoantes de uma estratégia delimitada e planejada, auxiliando num funcionamento institucional mais estruturado, coerente, eficaz e

seguro.

Uma unidade de inteligência no âmbito do Ministério Público possibilita a troca de informações com outros organismos de inteligência; incrementa a função de controle externo da atividade policial, precipuamente quanto à atividade de inteligência dos próprios órgãos policiais; permite a sistematização dos dados e informações disponíveis à instituição, transformando-os em conhecimentos que podem ser utilizados tanto no aspecto tático, quanto estratégico; incrementa as atividades persecutórias, em procedimentos criminais e cíveis, através do tratamento e análise de imensas quantidades de informações, criando diagramas, esquemas gráficos, correlações etc (a exemplo das plataformas e aplicativos disponibilizadas por empresas privadas como Digitro Tecnologia e Tempo Real [i2]), garante a incolumidade física de seus membros e instalações, proteção de seus dados, informações e conhecimentos, além de difundir dentro da instituição conhecimentos teóricos e técnicos indispensáveis à conformação constitucional do Ministério Público, fomentando uma verdadeira “cultura ministerial de inteligência”.

Conclusão

Diante de tudo exposto, é possível extrair as seguintes conclusões:

1. Inobstante a polissemia do termo inteligência, pode-se conceituá-la como a atividade permanente e especializada de obtenção de dados, produção e difusão metódica de conhecimentos, a fim de assessorar um decisor na tomada de uma decisão, com o resguardo do sigilo, quando necessário para a preservação da própria utilidade da decisão, da incolumidade da instituição ou do grupo de pessoas a que serve. Tal atividade, em sentido amplo, abrange, ainda, a prevenção, detecção, obstrução e neutralização das ameaças (internas e externas) às informações, áreas, instalações, meios, pessoas e interesses a que a organização serve (contra- inteligência);
2. Inobstante não integrar o Sistema Brasileiro de Inteligência (SISBIN) e o Subsistema de Inteligência de Segurança Pública (SISP), a atividade de inteligência interessa ao Ministério Público por ser instrumento indissociável para a efetiva consecução de sua missão constitucional de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.
3. Nesta senda, faz-se necessário a estruturação de uma unidade de inteligência em cada ramo do Ministério Público, com a elaboração de um plano, um manual e uma doutrina de inteligência da instituição.
4. Tal unidade possibilita o incremento da atuação ministerial, subsidiando a tomada de decisões nos níveis táticos e estratégicos e qualificando o atingimento dos objetivos constitucionais do Ministério Público, reduzindo os riscos da tomada de decisões isoladas, desconectadas, desconexas, contraditórias e destoantes de uma estratégia delimitada e planejada, auxiliando num funcionamento institucional mais estruturado, coerente, eficaz e seguro.
5. A estruturação de uma unidade de inteligência permite o compartilhamento de dados, informações e conhecimentos com outras unidades externas assemelhadas, além de receber, concentrar e processar a imensa gama de informações dispersas na instituição, transformando-as em conhecimento, estabelecendo um fluxo sistemático e viabilizando que tais dados e informações tenham uma utilidade concreta e prática.

6. O tratamento dos dados e informações pela unidade de inteligência e posterior difusão do conhecimento permite que a instituição atue em caráter preventivo nas diversas áreas de atuação.
7. Com o conhecimento aprofundado da atividade de inteligência incrementa-se a atividade de controle externo da atividade policial, notadamente em relação às suas próprias unidades de inteligência.
8. Em virtude da ampla gama de atribuições e da complexidade dos desafios impostos aos membros do Ministério Público, sobretudo em relação a ilícitos empresariais, atos de corrupção, organizações delituosas, etc, não pode a instituição prescindir do conhecimento e uso de técnicas e procedimentos operacionais disponibilizados pela atividade de inteligência.
9. Como indissociável da inteligência, a contra-inteligência garante a atuação ministerial, protegendo a incolumidade física de seus membros e instalações e o adequado gerenciamento dos dados, informações e conhecimentos a que tem acesso.
10. Para incremento da atuação, recomenda-se o estabelecimento de convênios de cooperação técnica e capacitação profissional com a Agência Brasileira de Inteligência (ABIN).
11. Sugere-se, por fim, a criação de uma ferramenta de busca em banco de dados que permita que cada membro ao inserir as informações de sua investigação possa consultar a existência de feitos semelhantes, envolvendo o mesmo objeto, as mesmas pessoas, instituições, organizações, empresas, etc, possibilitando o intercâmbio de conhecimentos, a racionalização e celeridade dos procedimentos, evitando-se diligências infrutíferas ou já realizadas, além de uma atuação preventiva e regional.

Referências Bibliográficas

- ALMEIDA NETO, W. R. **Inteligência e contra-inteligência no Ministério Público: aspectos práticos e teóricos da atividade como instrumento de eficiência no combate ao crime organizado e na defesa dos direitos fundamentais.** Belo Horizonte: Dictum, 2009.
- CEPIK, M (org). **Inteligência governamental: contextos nacionais e desafios contemporâneos.** Niterói: Impetus, 2011.
- GONÇALVES, J. B. **Atividade de inteligência e legislação correlata.** 2. ed. Niterói: Impetus, 2011.
- GOMES, R. C. **Prevenir o crime organizado: inteligência policial, democracia e difusão do conhecimento.** *Juris Plenum*, Caxias do Sul, ano VI, n. 36, p. 87-108, nov/dez. 2010.
- MARQUES, K.P.R. **Atividade de inteligência no combate à corrupção: o papel do Ministério Público.** Maceió: Edufal, 2011.
- PACHECO, D. F. **Atividades de inteligência e processo penal.** In: IV Jornada Jurídica da Justiça Militar da União-Auditoria da 4ª CJM, 30 set. 2005, Juiz de Fora/MG. Disponível em www.advogado.adv.br/direitomilitar/ano2005/denilsonfeitozapacheco/atividadedeinteligencia.h Acesso em 12 ago. 2013.
- SILVA, A. **Anotações à lei de proteção aos juízes criminais.** Leme: J. H. Mizuno, 2013.

Lições da PEC 37: por que os dias Fluem do Lado Averso?

Enéias Xavier Gomes

1. Pretensões

O presente texto propõe uma pauta mínima de discussões acerca do caminho por nós trilhado na última década, a partir das premissas verificadas durante a “batalha” contra a famigerada “PEC 37”. Não há aqui a intenção de esgotar a discussão, o que seria impossível, mas seu conteúdo poderá tangenciar novos questionamentos no seio da instituição, inclusive com seminários e grupos de debates, eis a nossa verdadeira pretensão!

Adiante-se que não se trata de um texto acadêmico e rigoroso cientificamente, tanto que a metodologia adotada é estritamente empírica e o trabalho voltado exclusivamente para o “público interno”. A atuação ministerial aqui abordada parte de nossa visão prática, em consonância com o que ouvimos ao longo dos últimos dez anos, em constante atendimento ao público e relacionamento com representantes dos demais poderes. Inclusive reflexionando pontuais equívocos que cometemos ao longo de nossa carreira. Nossas considerações inquietam nossa mente há alguns anos e foi posta a prova quando acompanhamos o combate à PEC37, sobretudo em algumas reuniões com membros do Poder Legislativo, os quais externaram descontentamentos que já imaginávamos, não obstante desconhecêssemos sua intensidade. Portanto, nossa experiência como Promotor de Justiça no interior da Bahia e Minas Gerais, aliada ao contato com parlamentares e membros do executivo no exercício de nossas atribuições, serão o *ponto de referência* para a construção de um novo caminho aqui proposto, na tentativa de nos reafirmarmos enquanto legítimos detentores de parcela do poder, não só mantendo nossas atribuições, mas tornando-nos mais efetivos e cirúrgicos no cumprimento da tutela social.

2. Por que Sangramos Tanto?

Há um discurso pronto que acalenta nossa alma todas as vezes que nos vemos diante de tentativas de enfraquecimento institucional: “o Ministério Público paga o preço por sua atuação correta”; “os que transigem as normas é que querem enfraquecer a instituição”; “trata-se de mais uma tentativa de retaliação”; dentre outras frases que ao fim e ao cabo querem atribuir aos infratores à lei, sobretudo os ímprobos, todas as responsabilidades pelas tentativas de tolher nossas atribuições.

Evidente que boa parcela dos que são contra o atual formato ministerial o fazem em retaliação ao acerto de nossa atuação. Desses, não podemos esperar nenhum apoio, pelo contrário, devemos nos orgulhar de tê-los do lado oposto!

Mas o que nos inquieta é que há um mundo de cidadãos de bem, inclusive políticos, tanto no legislativo quanto no executivo, que quotidianamente tecem severas críticas ao Ministério Público. E aqui está a nossa preocupação: o que os levou a combater o Ministério Público? O

que fez com que alguns respeitáveis membros do Congresso Nacional e juristas renomados defendessem tão arduamente a PEC37, mesmo sabedores de tamanho dano social que seria causado?

Tais inquietações nos permitem concluir que, apesar de via de regra atuarmos bem (tanto que fomos a única instituição com apoio das ruas!), há alguns equívocos que nos fazem sangrar em momentos como o da PEC37. Ao lado das razões que decorrem de nossos acertos (maioria), há outras inúmeras e até impossíveis de serem conhecidas, pois se encontram no âmago de cada cidadão. Porém, boa parte delas é plenamente compreensível e decorre de casos em que precisamos rediscutir (se é que algum dia já discutimos).

Cumpramos asseverar, já aqui, que as diretrizes propostas não se justificam com base em temor, pois o destemor deve ser nossa principal característica, mas na compreensão do mal que causamos quando atuamos equivocadamente, muitas vezes adotando conceitos que sequer são compatíveis com a atual Constituição Federal.

Inevitavelmente, ao nos tornarmos Promotores de Justiça, somos tomados por uma forte ânsia de justiça, quicá uma vontade de solucionar todos os problemas sociais. Isto é essencial na vida de um bom Promotor de Justiça!

Por que, então, a supramencionada referência, já que o texto pretende tratar de nossas mazelas e não de nossas virtudes? Simples: é nesta ânsia de bem servir que nos subordinamos a uma falsa compreensão da realidade, que nos faz acharmos levemente que as soluções sociais se encontram estritamente no rigor de nossa atuação, ou na lamentável expressão “senta a caneta”.

A ideia de uma “atuação de gabinete”, presa ao formalismo, não só jurídico, mas também nas relações humanas, fundada no excessivo rigor e de soluções aparentemente imediatas, nos é particularmente atraente, na medida em que acalentamos nossa alma, convencendo-nos de que fizemos e fazemos a nossa parte, atribuindo o ônus do fracasso aos demais poderes e instituições que não teriam cumprido seus deveres...

O problema é que este pensamento e forma de atuação é totalmente desconectada de uma realidade social historicamente excludente e pior, de um Estado que padece de infindáveis limitações financeiras e técnicas. Isto sem falar em certo *déficit* de legitimação quando pretendemos nos substituir aos administradores públicos, pois não somos gestores públicos legitimados pelo povo para tal.

Embora tenhamos recebido do povo, através do poder constituinte originário, o dever de exigirmos o cumprimento das leis e dos mandamentos constitucionais, tal atuação não pode se dar de forma isolada, exclusivamente de dentro de nossos gabinetes e de forma inquisitória, pois devemos ser mais um parceiro de muitos que labutam por melhores dias. Há um mundo de membros da sociedade e dos poderes judiciário, legislativo e executivo que lutam incansavelmente no combate às mazelas sociais.

Não obstante hajam outros exemplos de resquícios inquisitórios, o que conduziria a repetitivas e infindáveis problematizações, apresentaremos alguns que nos parecem bastante elucidativos, evidentes e socialmente nefastos, submetendo-os à crítica quanto ao sentido usual na sua aplicação, com vias a um novo olhar na nossa atuação.

2.1. Esse tal “in dubio pro societate”

Aqueles que um dia já se arvoraram na árdua tarefa de estudarem para concurso bem sabem que há ideias e conceitos que nos são impostos como verdades absolutas, sob pena

de uma bela reprovação. Após a tão sonhada, merecida e almejada aprovação, muitas vezes absorvemos aqueles conceitos, os quais passam a ser aplicados na nossa atividade profissional, sem qualquer questionamento. Tornam-se assim “*cláusulas pétreas*” em nossa atuação e repetidas mecanicamente em diversos manuais. Um dos que há tempos nos intriga é o tal do “*in dubio pro societate*”, que via de regra integra o rol incontável (alguns manuais apontam mais de 100...) daquilo que os autores mais vendidos em bancas e até em lojas de conveniência chamam de “princípios”, em verdadeira prostituição e banalização daquilo que realmente é um princípio.

Aliás, o tema “*in dubio pro societate*”, que não mereceria sequer uma página de estudo, acaba exigindo um estudo aprofundado (por mais paradoxal que seja), tamanho o seu equívoco, porém não é o objeto de nossa discussão neste espaço, mas considerações são imprescindíveis, até para um ligeiro desabado:

Temos a impressão de que o tal “princípio *in dubio pro societate*” surgiu como Palas Athena da cabeça de Zeus, pois não encontramos nenhuma referência nas leis ordinárias e muito menos no Texto Constitucional, que nos autoriza a processar alguém quando simplesmente vislumbramos a possibilidade (sequer probabilidade!) de cometimento de ilícito.

Consultando os “melhores” manuais Mac Donalds (em 5 minutos está pronto, ou seu dinheiro de volta!), me deparei com ideias do tipo: “em caso de dúvida, ajuíza-se a ação”, “na dúvida, deve o juiz decidir a favor da sociedade e receber a inicial”, ou este, de fazer inveja a regimes ditatoriais, “na dúvida, processa-se, depois é só pedir absolvição”. Simples assim! Qual o fundamento? Não há, é assim e pronto!

Ora, nos parece inadmissível que em um Estado Democrático de Direito alguém seja processado, civilmente ou penalmente, simplesmente porque o Ministério Público vislumbra uma mínima possibilidade de que algo ilícito tenha ocorrido. É evidente que para o ajuizamento de uma ação, fazem-se necessários elementos suficientes de autoria e materialidade, verossimilhança que convença o autor da inicial de que houve o cometimento de um ilícito.

Deixando o direito de lado, pergunte a um cidadão o que ele acha da ideia de ser processado sem que a acusação esteja realmente convencida de que algo de errado ocorreu...

É mais ou menos o seguinte: você se depara com sua esposa almoçando no shopping com um colega de serviço e, ao ver a cena, contrata um advogado para a ação de divórcio, afinal, na dúvida, ainda que mínima, melhor não se arriscar...

Quem disse que a sociedade é beneficiada quando alguém é processado sem que sequer o autor da inicial esteja convencido da ocorrência de um fato contrário ao ordenamento jurídico? Ora, isto não me parece beneficiar nenhum pouco a sociedade, pois causa enorme intranquilidade social: “A injustiça que se faz a um é uma ameaça que se faz a todos” (Montesquieu).

Aqueles que lidam na prática diária sabem quanto tempo dura uma ação de improbidade administrativa, que ao “simples” (claro que não para o réu...) ajuizamento da ação ganha as páginas de jornal, as conversas nas praças das cidades do interior e assumem contornos de verdades absolutas, afinal, “ninguém é processado a toa”, “alguma coisa há...”, “onde há fumaça, há fogo...”. Ajuizada a ação, não há absolvição, afinal, como reparar o desgaste psicológico, a deterioração familiar, a honra, a autoestima, enfim, tudo que nos é mais caro?

Isto sem falar na nossa perda de credibilidade perante o Poder Judiciário, pois quando presentes elementos fortes de convicção, estará lá a ação pertinente em meio às outras sem

nenhuma densidade probatória: não há como separar o joio do trigo...

Neste aspecto, conforme já dissemos em outra ocasião, uma crítica a parcela da classe política nos parece pertinente: Aqueles que atuam na defesa do patrimônio público sabem que uma das maiores agruras dos Promotores de Justiça são as censuras oportunistas: quando ajuizamos as ações, somos tachados de perseguidores, quando arquivamos, de protetores.

Vivemos algo semelhante ao que se passou com o personagem Porfírio, na obra “O Alienista”, de Machado de Assis. O barbeiro foi preso por Simão Bacamarte na Casa Verde duas vezes; na primeira, por ter liderado a rebelião; na segunda, porque se negou a participar de uma nova rebelião. Ao ser informado de que seria novamente conduzido à Casa de Orates, resumiu bem a situação: “preso por ter cão, preso por não ter cão”.

Em um Estado Democrático de Direito não podemos pactuar com acusações infundadas e amparadas em algo falacioso. Por incrível que possa parecer a alguns, não se coloca um cidadão no banco dos réus com dúvidas. Nós, encarregados de defendermos a ordem jurídica e os direitos individuais e sociais indisponíveis, não podemos, com base na dúvida, achincalharmos a dignidade da pessoa humana, até porque o ônus da prova é do Estado(!).

Esta postura, adotada por alguns de nós, gera uma legítima reação daqueles processados injustamente (aqueles que já o foram sabem como ninguém o que digo...).

Não tenhamos dúvida: o ajuizamento de uma ação, em face de um cidadão honesto, é uma condenação perpétua!!! Esta preocupação nos deve nortear ao ajuizarmos uma demanda.

2.2. Surtos midiáticos!

No conto “O Espelho”, de Machado de Assis, que se passa em um bairro de classe média do Rio de Janeiro (Santa Tereza), há uma interessante narrativa de um dos cinco cavalheiros que participavam de um pequeno diálogo. Jacobina, nomeado alferes da guarda nacional, aos 25 (vinte e cinco) anos, relata o orgulho da família, em especial de sua tia que o mantém em seu sítio, sob o tratamento de “Senhor alferes” e não mais Joãozinho (qualquer semelhança com o “Doutor” da vida jurídica é mera coincidência...). No sítio, “Senhor Alferes” recebe um tratamento privilegiado, o que faz com que o alferes elimine o homem. Em determinado momento da “nova vida”, a tia sai em viagem e os escravos abandonam a casa, o que faz com que o jovem fique só e angustiado pela repentina perda de sua alma exterior, uma vez que a interior se tornou dependente daquela. Bastante angustiado, o cavalheiro resolve olhar no espelho e vê refletida uma imagem difusa, praticamente encoberta. Decide-se então vestir-se com a farda de alferes, o que lhe permite ver o seu eu exterior integralmente.

A narrativa nos remete (não sabemos porque...), a algumas, isoladas (é bom que se diga), exposições midiáticas de promotores “show man”, em que o colega, com um terno bem cortado, cabelos engelhados e linguagem empolada, tece detalhes de casos em que muitas vezes sequer há investigação em curso.

Repare: É evidente que o membro do Ministério Público, agente de transformação social, tem o dever de informar. Trata-se de uma prestação de contas à sociedade que lhe outorgou importantes instrumentos e dignos vencimentos para defendê-la. Entretanto, o dever de informar não se confunde com a vontade de celebrar a informação. Algumas vezes nos depararmos com notícias jornalísticas fundadas em provas que sequer se encontram no bojo de um inquérito, seguidas de entrevistas do tipo “ajuizaremos uma ação...”, “investigaremos e puniremos...”. Há um certo surto midiático de alguns Promotores de Justiça, que se utilizam da imprensa para serem lembrados e elogiados por amigos e familiares, do tipo “te vi ontem no

jornal...”. Essa busca implacável pelo “sucesso” produz uma exposição desmedida e desnecessária de fatos e indivíduos que muitas vezes sequer se encontram processados. Além do que, o excesso de entrevistas permite que a imprensa “crie” fatos, utilizando-se da figura do membro do Ministério Público apenas para comprovar teses previamente definidas num cenário em que boa parte da mídia não consegue esconder suas preferências políticas.

E o pior: a exposição desnecessária incute na cabeça de alguns colegas a necessidade de condenação a todo custo, afinal, ele alardeou os fatos, insuflou a sociedade, crucificou o investigado e agora, passado os holofotes, não se sente a vontade para, por exemplo, pedir a absolvição ainda que demonstrada a licitude da conduta. Em decorrência de uma midiaticização anterior, o Promotor se torna escravo de sua ação passada. Afinal, desde a primeira entrevista, ele já antecipou a condenação... e aí o membro do Ministério Público deixa de promover a Justiça, acovardando-se, escorando-se em pré-julgamentos equivocados, cedendo-se às pressões da vaidade e conseqüentemente não honrando a beca que veste.

2.3. Resquícios de Torquemadas na condução do inquérito civil

A nós nos parece que a função basilar do inquérito civil, procedimento de natureza administrativa, é a prévia colheita de informações, a fim de lastrear futura medida judicial ou extrajudicial (são as mais efetivas, pois dotadas de poder de pacificação social célere!) e, principalmente, evitar demandas temerárias.

Entretanto, a sua instauração e condução pelo Ministério Público estão previstas no art. 129, III, Constituição Federal e art. 8º, § 1º, da lei de ação civil pública, sem grandes especificações e sistematização procedimental, o que faz com que sua natureza jurídica e características sejam formatadas pela própria instituição e doutrina. Conseqüentemente, as formalidades são restritas e pouco delimitadas, o que permite ampla margem de discricionariedade em sua condução. Tal característica nos afasta de formalismos exagerados e injustificáveis, porém facilita certos abusos pontuais que merecem nossa atenção.

Alguns de nós fazemos do inquérito civil um procedimento inquisitorial, em que o investigado sequer tem ciência de sua condição de investigado, testemunhas são ouvidas informalmente, sem redução a termo de seu depoimento e advogados são impedidos de terem acesso aos autos de provas já documentadas. A coercibilidade dos instrumentos serve apenas para a busca incessante e unilateral de elementos para achincalhar o investigado.

Uma inquietação: Vez ou outra nos deparamos com ofícios requisitórios desrespeitosos com membros de outros poderes, sobretudo Prefeitos, requisições de milhares de documentos em escassos dias, etc. Às vezes me pergunto: o que nos leva a requisitar e não solicitar, quando do encaminhamento do primeiro ofício? A recomendarmos e não sugerirmos no primeiro encaminhamento? Me parece que são formas de dizer a mesma coisa, mas bem mais polida.

Volto ao cerne da discussão.

As posturas inquisitoriais acabam reproduzindo os males que tanto queremos conjurar, pois produzimos verdadeira violência institucionalizada. A finalidade do inquérito civil não é a busca a qualquer custo de elementos para a condenação do investigado, mas a análise da necessidade ou não do ajuizamento da demanda, servindo inclusive como meio para evitar ações temerárias. O Promotor de Justiça deve atuar de forma imparcial na condução do inquérito civil, com ciência bem delimitada da necessidade de conhecimento dos fatos para um julgamento equilibrado e justo ao concluir a apuração.

E aqui cabem algumas considerações:

A doutrina majoritária entende que não há que se falar em contraditório em sede de inquérito civil, porém não vislumbramos qualquer prejuízo à sua observância na grande maioria dos casos.

Note: não defendemos a obrigatoriedade do contraditório, pois se trata de mero procedimento administrativo, sem sanções aos envolvidos (salvo raras exceções, como nos casos de aplicação do instituto da Recomendação), porém via de regra não há qualquer prejuízo decorrente do contraditório no inquérito civil – ao menos em sua grande maioria – pois além de não prejudicar o andamento e conclusão almejada, auxilia o membro ministerial no seu convencimento.

Aliás, ao contrário, oportunizar a participação do investigado, com ciência das provas, acompanhamento de diligências e possibilidade de manifestação, traz maior carga valorativa à prova produzida e produz informações mais fidedignas, auxiliando inclusive em eventual construção da decisão judicial.

Daí a importância da oitiva do investigado, facultando-lhe a juntada de documentos, solicitação de diligências e até manifestação de seu defensor em forma de memoriais. Tais cuidados podem evitar ações infundadas, economia de tempo, além de trazer maior credibilidade à prova produzida, robustecendo os argumentos em eventual demanda a ser ajuizada.

Em síntese: a regra deve ser o contraditório em sede de inquérito civil, o que pode ser eventualmente dispensado em caso de obstacularização procedimental ou risco ao resultado da investigação. Por outro lado, devemos rechaçar peremptoriamente a figura do promotor Tomás de Torquemada, que faz do inquérito civil instrumento de apurações açodadas que funcionam apenas como mecanismos de confirmação de entendimentos já pré-estabelecidos e difamações públicas, em formato de sambenitos do século XXI.

Melhor produzirmos uma apuração embebecidos nas lições de Fernando Pessoa: “Para ser grande, sê inteiro. Nada teu exagera ou exclui. Sê todo em cada coisa. Põe quanto és no mínimo que fazes. Assim em cada lago a lua toda brilha, porque alta vive” (Ser grande).

2.4. Representações apócrifas

Os instrumentos de comunicação se modificam a cada dia, fruto de uma sociedade em plena ebulição cibernética. Os mecanismos de diálogo das instituições públicas com a sociedade também acompanham a mudança, tornando-se mais virtuais e céleres. Novos tempos!

O Ministério Público também acompanha (e deve) a mudança. Boa parte da vida institucional de um Promotor de Justiça é vivenciada na internet: inscreve-se para editais, goza-se férias pedidas on-line, acompanha-se sessões de julgamentos da Câmara e Conselho, discute-se os rumos da instituição em fóruns internos e até fazemos amizade (e inimizade) com colegas “virtuais”.

Dentre estas novidades estão as representações apresentadas pelos cidadãos através da internet, em especial por meio da Ouvidoria, um dos mais importantes canais de comunicação com a sociedade civil. Quase diariamente cidadãos se dirigem ao canal online da ouvidoria com representações nas mais diversas áreas, o que certamente facilita o acesso pelo jurisdicionado, auxiliando-nos na tutela da sociedade, como por exemplo, na área do idoso, meio ambiente e patrimônio público. Portanto, o novo canal de comunicação há de ser reverenciado!

Entretanto, há alguns equívocos na sua atual formatação:

Os canais de comunicação admitem a possibilidade de ausência de qualificação do noticiante, ou seja, o cidadão, escondido atrás do teclado, pode propagar verdadeiros absurdos, violando a honra de terceiros, sem qualquer punição, cível ou penal. É comum as pessoas noticiarem, principalmente na seara do patrimônio público, fatos graves, que afetam a vida pessoal e familiar de indivíduos, sem qualquer indício, simplesmente para denegrirem adversários políticos. Nestes casos, nos parece inegável a utilização do Ministério Público para fins políticos!

Vejam por exemplo o que consta do site do MPMG, no link Ouvidoria, perguntas frequentes:

Anonimato

Para entrar em contato com a Ouvidoria é necessário me identificar?

Não. A opção é sua. Todavia, não tenha medo de identificar-se, pois a Ouvidoria do Ministério Público tem o dever ético e legal de resguardar o sigilo de seus dados pessoais.

Do ponto de vista constitucional, parece não haver dúvidas que tanto a vedação ao anonimato quanto o direito à honra estão sendo desconsiderados. A necessidade de identificação é imprescindível para minorar abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento, pois possibilita que eventuais excessos se tornem passíveis de responsabilização, já que todos somos responsáveis pelas consequências jurídicas de nossos comportamentos.

E quanto a isto o Texto Constitucional é de clareza solar (CF, art. 5º, IV, "in fine"), não se tratando inclusive de nenhuma novidade, pois surgiu, no sistema de direito constitucional positivo brasileiro, com a primeira Constituição republicana, promulgada em 1891 (art. 72, § 12).

Evidentemente que não podemos abrir mão do sigilo dos dados do informante em determinadas situações, pois o Estado não é capaz sequer de lhe assegurar a integridade física, mas ao mesmo tempo devemos desestimular manifestações contumélias, que resultam em gravame ao patrimônio moral de pessoas injustamente desrespeitadas em sua esfera de dignidade.

Não há como desconsiderar que a lei penal considera crime a denúncia caluniosa e a comunicação falsa de crime (Código Penal, artes. 339 e 340), cujas apurações são inviabilizadas pela atual formatação do canal da ouvidoria.

Trazemos um exemplo por nós vivenciado: em decorrência de um conflito familiar, um dos filhos de uma idosa, diariamente, utilizava-se do anonimato para, através das ouvidorias, narrar agressões perpetradas por sua irmã, à sua genitora. Ainda que sem qualquer lastro, mas diante da gravidade dos fatos informados, solicitamos um estudo social que nada constatou. Inegável portanto o constrangimento vivenciado pela filha, ao abrir a porta da residência e se deparar com a assistente social...(ou você, caro leitor, não ficaria constrangido!). Mesmo assim, o filho anonimamente continuou diariamente narrando as falsas agressões, principalmente através da ouvidoria de direitos humanos, o que motivou diligências pela polícia civil. Os fatos duraram cerca de 04 (quatro) meses, causando evidentes dissabores à filha, que sequer tem como responsabilizar o irmão, diante da ausência de provas, pois tudo se deu anonimamente.

Uma observação importante: Nada impede a prática de atos iniciais de investigação (por meio, por exemplo, de um procedimento preparatório), quando recebemos uma delação anônima, desde que evidentemente apresente informes de certa gravidade e com dados

capazes de possibilitar diligências específicas. O Supremo Tribunal Federal admite a “notitia criminis inqualificada”. Não é disso que estamos tratando! O que combatemos é o incentivo ao anonimato, que além de não servir de base para o ajuizamento da demanda, impede a busca de novas informações por meio daquela fonte e estimula gravames injustos ao patrimônio moral de terceiros.

Uma consideração importante: não devemos cair na armadilha do combate às mazelas sociais a qualquer custo, sob pena de novas mazelas, agora de nossa parte. Em outras palavras, não argumentemos que se não for apócrifa o cidadão não noticiará os fatos, pois há mecanismos para sua proteção, como por exemplo, a decretação de sigilo de seus dados pelo presidente do inquérito civil.

2.5. A venda de lotes na lua e a exigida apuração do descabido

Temos nos referido muitas vezes a esta realidade, e o faremos inúmeras outras mais: O Ministério Público atual é muito diferente do de dez anos atrás, hoje o Promotor de Justiça é infinitamente mais acionado e cobrado (ainda bem!), pois a população finalmente sabe para que serve a instituição.

A atual demanda de uma Promotoria de Justiça apresenta uma enxurrada de representações das mais diversas naturezas, o que evidentemente é bastante salutar. O problema é que há uma exigência para que tudo (repito, TUDO) seja devidamente apurado. Em uma análise preliminar, a ideia seria interessante, pois como saber se algo de fato aconteceu, sem apuração...

Porém, conforme exposto a exaustão ao tratarmos do famigerado “in dubio pro societate”, há que se ter cuidado para não banalizarmos o sujeito e os nossos instrumentos de trabalho, pois lidamos com a vida humana (o óbvio às vezes precisa ser dito e compartilhado).

Vejam por exemplo o que diz a Resolução Conjunta PGJ n. 3/2009, que dispôs, no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, acerca do inquérito civil e o procedimento preparatório:

Art. 7º Em caso de evidência de que os fatos narrados na reclamação, representação ou notícia não configurem lesão aos interesses ou direitos mencionados no artigo 1º desta Resolução, ou se o fato já tiver sido objeto de investigação ou de ação civil pública, ou, ainda, se os fatos apresentados já se encontrarem solucionados, o membro do Ministério Público, no prazo máximo de trinta dias, indeferirá o pedido de instauração de inquérito civil ou procedimento preparatório, em decisão fundamentada, da qual se dará ciência ao representante e ao representado.

Já aqui se tem um panorama dramático das apurações infundadas: o Promotor deve autuar tudo, ainda que se trate de uma notícia teratológica, o que gera inclusive um número de registro. E o pior, ainda que os fatos noticiados não estejam delimitados e amparados por indícios mínimos, deve-se proceder à apuração, pois os casos de indeferimento de instauração se restringem a três hipóteses: ausência de lesão, objeto de investigação anterior ou se tratar de caso já solucionado.

Ou seja, ainda que se trate de notícia desamparada de indícios mínimos ou evidentemente abrangente (sem objeto delimitado), o Promotor de Justiça deve, no mínimo, colher “diligências preliminares” em sede de procedimento preparatório. Diligências preliminares que permitem a colheita de “todos os elementos de convicção” (art.8º), inclusive a remessa de ofícios ao “pré-investigado”! Ora, será que o cidadão sabe a diferença pratica entre notícia de fato,

procedimento preparatório e inquérito civil? É possível, ao receber um ofício assinado pelo Promotor de Justiça, ainda que constando “procedimento preparatório”, o cidadão não se ver na condição de investigado? Certamente não, o que obviamente produz noites inquietas de sono (não para o investigador...).

Cito como exemplo algo vivenciado pela maioria dos Promotores que atuam em comarcas do interior e na tutela do patrimônio público: o cidadão encaminha para o Promotor a seguinte notícia: “o Prefeito X está se enriquecendo ilícitamente, comprando casas, carros, etc”. Esta simples notícia, sem qualquer fato concreto, faz com que o Promotor instaure no mínimo uma notícia de fato.

Como se vê, o excesso na apuração é manifesto. O que não significa que estejamos autorizados a não registrar a notícia ou atuarmos com discricionariedade (tipo: só apuro o que me parece relevante). A nosso juízo, cabe ao Promotor receber a notícia e acaso despida de indícios mínimos ou objeto bem delimitado, aguardar novas informações, sob pena de arquivamento por falta de lastro mínimo, mas infelizmente não nos parece ser este o entendimento da maioria dos órgãos correccionais.

O entendimento por nós defendido se trata simplesmente da aplicação do postulado da *proibição de excesso*, enquanto pauta mínima de interpretação dos instrumentos de investigação, evitando-se graves equívocos em nossa atuação.

Não nos parece lógico e sensato darmos respaldo a todos os casos, simplesmente porque chegaram à promotoria. Para qualquer diligência ministerial faz-se necessário um fato e um indício concreto.

Notícias do tipo, João está vendendo terrenos na Lua a preços exorbitantes não nos autorizam a remeter ofícios a cidadãos que sequer sabem de onde partiram tais informações. Ou a acusação de que a Rede Globo estaria subtraindo informações da mente de um cidadão, o que ensejou até a elaboração de laudo pericial pelos técnicos da central de apoio às promotorias... Os exemplos aqui apresentados, estapafúrdios por sinal, são reais e efetivamente ocorridos, segundo relatos de colegas.

Como se vê, a atual sistemática adotada pelos diversos Ministérios Públicos parte de uma verdadeira ficção: a necessidade de investigação de tudo e em qualquer circunstância, fazendo da apuração panaceia para questões pessoais e despidas de qualquer interesse público.

VI.1Aprendendo com o passado e voltando os olhos para o futuro.

Trago-lhes um dado estarrecedor: o Ministério Público de Minas Gerais possui um acervo de cerca de 1138 (um mil, cento e trinta e oito) inquéritos civis instaurados até 2000 e 18578 (dezoito mil, quinhentos e setenta e oito) até 2008, sem conclusão. Os dados foram compilados pelo Conselho Superior que adotou uma medida inusitada: avocou(!) os inquéritos civis, em questionável violação aos princípios da independência funcional e do promotor natural (sim! Eles ainda estão no Texto Constitucional), estipulando prazos para que os Promotores os remetessem ao Colegiado.

Aqui faço uma pequena pausa no tema tratado para um problema crônico e cuja solução passa pela possibilidade de Promotores de Justiça ocuparem cargos nos órgãos colegiados: A mudança abrupta do Ministério Público nos últimos anos provocou um desconhecimento da instituição por parte de alguns membros mais antigos, pois vivenciaram no interior uma realidade bem distante da atual (melhor em alguns aspectos e pior em outros), diria até totalmente diferente. E com um agravante, antigamente a carreira era muito rápida, o que fez com que muitos chegassem ao cargo mais alto da instituição com breves passagens pelo

interior, o que acentuou ainda mais o desconhecimento do que de fato é a atual instituição. O problema é que parte dos órgãos superiores é composta por estes membros, o que pode permitir decisões descontextualizadas da realidade, gerando inclusive injustiças. Vejo certo solipsismo ministerial!

Volto ao tema.

A par de alguns que não estão dispostos a trabalhar, aliadas a portarias tão genéricas que sequer permitem o conhecimento do objeto de apuração, a salutar constatação do Conselho Superior, que se utilizou de uma solução alternativa às avessas, veio em boa hora, pois permite refletirmos, para não repetirmos erros do passado, ensejando um raciocínio crítico em torno de uma necessária racionalização na instauração de procedimentos. Passou da hora de buscarmos um pensamento reflexivo, questionador e crítico sobre a banalização na instauração de procedimentos, ensejando análise mínima de sua necessidade.

Diante de um quadro de excesso de trabalho (e ainda há uma enorme cifra negra em todas as áreas de atuação...) e cerceamentos absurdos a direitos de cidadania mínimos, algo há de ser feito; e urgente.

O passivo anterior a 2001 decorre de um século em que o Ministério Público era infinitamente menos demandado, no qual substancial parte da população sequer nos conhecia. Voltando os olhos para o futuro, imaginemos o passivo que teremos em 2023, acaso continuemos instaurando tudo para nada. A atual sistemática provocará um crescimento do passivo de inquéritos como água torrencial em progressão geométrica, que afirmo com a mesma probabilidade com que o fedor e as manchas lívidas de um cadáver anunciam a morte: ensejará a derrocada de nossa credibilidade, pois o que é relevante se perderá em meio ao banal e vulgar.

Uma instituição encarregada de velar pelos preceitos constitucionais, dentre eles o da eficiência, não pode suportar tamanha incoerência.

3. Considerações finais

Ressalto mais uma vez que as considerações ao longo do texto refletem uma atuação minoritária, mas são estes equívocos pontuais que trazem elementos para que os que sofrem de “psicopatologia ministerial” denigrem a imagem da instituição, ignorando o acerto e retidão na maioria de nossas ações. Por isso, é importante mantermos canais abertos de diálogo com a população e o parlamento, conduzindo-nos à reflexão em torno de nossas práticas. E o momento nos parece muito especial para a definição do que queremos para a nossa instituição, que são os meses seguintes ao notável apoio das ruas no já histórico junho de 2013 e no ano do 25º aniversário do Novo Ministério Público! Exercitemos um olhar interior sobre a atuação de nossa instituição, a partir de aferições empíricas das práticas e resultados (como as causas da PEC37), para incrementarmos nossos acertos e estagnarmos os desacertos, repensando-nos a cada momento, sem preconceitos. Não nos furtemos a debates internos e externos ainda que controvertidos e incômodos, é este o caminho para a construção de nossa identidade.

Ajamos, pois livres do naufrágio, temos que saber da tempestade que nos meteu a pique, poderia dizer o atemporal bruxo do Cosme Velho!

4. Proposições (síntese dogmática)

- 1) A aplicação do chamado princípio “in dubio pro societate” é um dogma não condizente com o Estado Democrático de Direito;
- 2) Fazem-se necessárias maiores cautelas ao prestarmos informações à mídia, optando via de regra pela utilização das assessorias de comunicação;
- 3) Os inquéritos civis devem ser conduzidos com imparcialidade, facultando em regra o exercício da ampla defesa e contraditório;
- 4) As ouvidorias devem condicionar o recebimento das notícias à identificação do noticiante, assegurando-se o sigilo dos dados em determinados casos;
- 5) A instauração de qualquer procedimento exige fatos concretos, não cabendo apurações com base em notícias evasivas e genéricas;
- 6) É hora de repensarmos nossa atuação extrajudicial, cabendo aos Ministérios Públicos fomentarem o debate, inclusive com a realização de seminários.

5. Bibliografia

Assis, Machado de; Seus Trinta Melhores Contos - Col. Saraiva de Bolso, 2012;

Fonte: site do Ministério Público do Estado de Minas Gerais: www.mpmg.jus.br. Acesso em: 07 de setembro de 2013.

Atuação do Ministério Público dos Estados Junto aos Tribunais Superiores

*Hirmínia Dorigan de Matos Diniz**

Justificativa

Questões fundamentais, que dizem respeito à atuação do Ministério Público dos Estados, encontram-se em trâmite perante os Tribunais Superiores. Dentre estas matérias, destaca-se, a título exemplificativo, a responsabilidade penal e por improbidade administrativa de agentes públicos estaduais e municipais, implementação de políticas públicas locais e regionais, execução orçamentária, controle de constitucionalidade, dentre outras.

Em que pese a relevância do assunto, depara-se com o fato, causador de significativa dificuldade, de que o Ministério Público Federal, oficiante nos Tribunais Superiores, desconhece as reais prioridades e posicionamentos do Ministério Público dos Estados. Por vezes, possui entendimento jurídico conflitante, obstando, desta maneira, a sustentação das posições assumidas pelo Ministério Público dos Estados.

Considera-se, no entanto, que os Tribunais Superiores, atualmente, admitem a atuação do Ministério Público dos Estados nos feitos por ele ajuizados. Em resumo, sedimentou-se a adequada interpretação acerca da Lei Complementar 75/1993, no sentido de que a atuação do Ministério Público Federal dá-se na condição de fiscal da lei e, na de autor, apenas nas hipóteses em que tenha sido o responsável pela iniciativa da ação.

Interpretação diversa restringiria a autonomia do Ministério Público dos Estados, que estaria na dependência, para a defesa judicial dos interesses que lhe são afetos, da anuência do Ministério Público Federal.

Entretanto, a inexistência de estrutura que permita o acompanhamento desses processos em última instância, o que inclui a apresentação de memoriais e a sustentação oral, prejudica, demasiadamente, a eficiência dos serviços desenvolvidos no plano estadual. É este o ponto do estudo.

Fundamentos Jurídicos

O Ministério Público dos Estados possui legitimidade para atuar perante os Tribunais Superiores, nas ações por ele ajuizadas. O Supremo Tribunal Federal já reconheceu a legitimidade ativa nesta hipótese, a começar por sua Resolução 469/2011, que determina a intimação pessoal do Ministério Público do estado-membro nos processos em que este fosse parte.¹

Em caso concreto, admitiu a legitimidade do Procurador-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais para proferir sustentação oral. Neste julgamento, o Min. Cezar Peluso asseverou que o Procurador-Geral da República, perante os Tribunais Superiores, poderia desempenhar dois papéis simultâneos: i) o de fiscal da lei; e ii) o de parte.

Assim, quando o Ministério Público da União, em qualquer dos seus ramos, figurasse como

parte do feito, só ao Procurador-Geral da República seria dado oficiar perante o Supremo Tribunal Federal, porque representaria os interesses confiados pela lei ou pela Constituição a este órgão. No entanto, nos demais casos, exerceria, evidentemente, a função de fiscal da lei. Nesta última condição, sua manifestação não poderia afastar a das partes, sob pena de ofensa ao princípio do contraditório.

Na mesma linha, o Min. Celso de Mello aduziu que a Constituição teria distinguido a Lei Orgânica do Ministério Público da União (LC 75/93) – de caráter federal – da Lei Orgânica Nacional (Lei 8.625/93), que se aplicaria, em matéria de regras gerais e diretrizes, a todos os Ministérios Públicos estaduais. Salientou que não haveria relação de subordinação jurídico-institucional que submetesse o Ministério Público estadual à chefia do Ministério Público da União. Ponderou que, não raras vezes, seriam possíveis situações processuais nas quais se estabelecessem posições antagônicas entre esses dois órgãos. Além disso, a privação do titular do *parquet* estadual para figurar na causa e expor as razões de sua tese consubstanciaria exclusão de um dos sujeitos da relação processual.²

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sedimentou-se nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVOS REGIMENTAIS. MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. LEGITIMIDADE RECURSAL. RECURSO ESPECIAL. TEMPESTIVIDADE. RECESSO FORENSE. COMPROVAÇÃO POSTERIOR. PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL (ARESP 137.141/SE). CONVERSÃO EM RECURSO ESPECIAL.

É sabido que esta Corte Superior de Justiça até aqui ampara a tese de que o Ministério Público Estadual não é parte legítima para atuar perante os Tribunais Superiores, uma vez que tal atividade estaria restrita ao Ministério Público Federal.

O Ministério Público dos Estados não está vinculado nem subordinado, no plano processual, administrativo e/ou institucional, à Chefia do Ministério Público da União, o que lhe confere ampla possibilidade de postular, autonomamente, perante esta Corte Superior de Justiça.

Não permitir que o Ministério Público Estadual atue perante esta Corte Superior de Justiça significa: (a) vedar ao MP Estadual o acesso ao STF e ao STJ; (b) criar espécie de subordinação hierárquica entre o MP Estadual e o MP Federal, onda ela é absolutamente inexistente; (c) cercear a autonomia do MP Estadual; e (d) violar o princípio federativo.

A atuação do Ministério Público Estadual perante o Superior Tribunal de Justiça não afasta a atuação do Ministério Público Federal, um agindo como parte e o outro como *custos legis*.

Recentemente, durante o julgamento da questão de ordem no Recurso Extraordinário nº 593.727/MG, em que discutia a constitucionalidade da realização de procedimento investigatório criminal pelo Ministério Público, decidiu-se pela legitimidade do Ministério Público Estadual atuar perante a Suprema Corte.

Legitimidade do Ministério Público Estadual para atuar perante esta Corte Superior de Justiça, na qualidade de autor da ação, atribuindo efeitos prospectivos à decisão.³

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento de que o Ministério Público dos Estados é parte legítima para ajuizar Reclamação diretamente nos Tribunais Superiores. Transcreve-se a ementa:

REMIÇÃO PENAL (LEP, ART. 127). RECLAMAÇÃO AJUIZADA PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. LEGITIMAÇÃO ATIVA “AD CAUSAM” DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. COMETIMENTO DE FALTA GRAVE POR SENTENCIADO. PERDA DOS DIAS REMIDOS. SENTENÇA QUE CONCEDE A REMIÇÃO PENAL. ATO DECISÓRIO INSTÁVEL OU CONDICIONAL. RECEPÇÃO DO ART. 127 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL PELA VIGENTE ORDEM CONSTITUCIONAL. DESRESPEITO À SÚMULA VINCULANTE Nº 09/STF. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

- O Ministério Público dos Estados-membros dispõe de legitimidade ativa “*ad causam*” para ajuizar, *originariamente*, perante o Supremo Tribunal Federal, reclamação destinada a fazer prevalecer a autoridade de enunciado constante de súmula vinculante, cujo teor normativo tenha sido *concretamente* desrespeitado por ato emanado do Poder Executivo ou proferido por qualquer órgão do Poder Judiciário.

- Inexiste qualquer relação de dependência ou de subordinação entre o Ministério Público dos Estados-membros e o Procurador-Geral da República, considerada a prerrogativa de autonomia institucional de que também se acha investido, por efeito de explícita outorga constitucional (CF, art. 127, § 1º), o “*Parquet*” estadual.

- Inadmissível, desse modo, exigir-se que a atuação processual do Ministério Público local se faça *por intermédio* do Procurador-Geral da República, que não dispõe de poder de ingerência na esfera orgânica do “*Parquet*” estadual, pois lhe incumbe, *unicamente*, por expressa definição constitucional (CF, art. 128, § 1º), a Chefia do Ministério Público *da União*.

[...].⁴

Consta do voto do Relator:

É importante assinalar, porque juridicamente relevante, que o postulado da unidade institucional (que também se estende ao Ministério Público dos Estados-membros) reveste-se de natureza constitucional (CF, art. 127, § 1º), a significar que o Ministério Público *estadual* não é representado – muito menos chefiado – pelo Senhor Procurador-Geral da República, eis que é plena a autonomia do “*Parquet*” local em face do eminente Chefe do Ministério Público *da União*.

Mostra-se fundamental insistir na asserção de que o Ministério Público *dos Estados-membros* não está vinculado nem subordinado, no plano processual, administrativo e/ou institucional, à Chefia do Ministério Público da União, o que lhe confere *ampla possibilidade* de postular, *autonomamente*, em sede de reclamação, perante o Supremo Tribunal Federal.

Não tem sido por outra razão que esta Corte, tratando-se do Ministério Público *do Trabalho* – órgão que integra o Ministério Público *da União* –, vem-lhe negando qualidade para agir em sede reclamatória, pelo relevante motivo de a representação institucional do Ministério Público da União caber, *com exclusividade*, ao Procurador-Geral da República (Rcl 4.091-AgR/GO, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – Rcl 4.453-MC-AgR-AgR/SE, Rel. Min. ELLEN GRACIE - Rcl 4.592-AgR/TO, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – Rcl 5.255-AgR/GO, Rel. Min. ELLEN GRACIE – Rcl 5.381-ED/AM, Rel. Min. AYRES BRITTO - Rcl 5.543-AgR/GO, Rel. Min. CELSO DE MELLO - Rcl 5.674-AgR/MG, Rel. Min. EROS GRAU – Rcl 5.793-AgR/AM, Rel. Min. ELLEN GRACIE – Rcl 5.958-AgR/PI, Rel. Min. EROS GRAU – Rcl

Inquestionável, desse modo, a plena legitimação ativa “*ad causam*” do Ministério Público do Estado de São Paulo para ajuizar, perante esta Corte Suprema, a presente reclamação.

Assente a legitimidade e o notório interesse do Ministério Público dos Estados em atuar perante os Tribunais Superiores, imperiosa se torna a estruturação administrativa para o desempenho da referida atribuição. Acresce-se a esta argumentação o fato de os grandes escritórios de advocacia, usualmente, manterem mecanismos proficientes de acompanhamento processual em Brasília, de forma a estabelecer verdadeira desigualdade material entre as partes, notadamente, quando litigam com o Ministério Público.

Reforça, ainda, a indicação de estruturação, nos moldes aqui apontados, a destacada importância das sustentações orais nos Tribunais Superiores, em observância ao princípio da oralidade, tendo em vista a desumana carga de processos levadas à apreciação dos Ministros. Nessa dinâmica de trabalho, as questões tornam-se melhor cognoscíveis quando se faz a exposição oral das teses sustentadas.

Por fim, não faria sentido algum aprimorar as investigações, civis e criminais, sustentar as teses ministeriais em primeiro e em segundo grau e, ao fim, na superior instância, afastar-se do julgamento definitivo, sujeitando-se aos riscos da atuação do Ministério Público Federal, muitas vezes distante dos fatos.

Propõe-se, portanto, a instituição de órgão de execução, com sede em Brasília, que deverá ser internamente cientificado da interposição de recursos aos Tribunais Superiores, para que officie ativamente nos feitos.

Tal proposta vai de encontro ao anseio de profissionalização do modo de atuação, já defasado, da Instituição. Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz faz referência a esta obsolescência: “O cenário até aqui descrito indica claramente como as práticas administrativas e de gestão institucional ainda são as mesmas do passado, concebidas para um Ministério Público vencido pelo tempo, em que seus membros tinham sua atuação restrita à manifestação em inquéritos policiais e processos judiciais (atuação quase que inteiramente ‘interventiva’)”⁵.

Conclusão

Diante do exposto, propõe-se a elaboração de projeto no âmbito da Administração Superior do Ministério Público dos Estados, inclusive com referência ao tema nas respectivas Leis Orgânicas Estaduais, tendente a, nos limites da disponibilidade orçamentária, constituir estrutura de representação em Brasília, contando com a presença física de membro do Ministério Público dos Estados, para atuar exclusivamente perante os Tribunais Superiores, mediante a apresentação de memoriais e realização de sustentação oral, nas causas em que o Ministério Público for parte.

Referências bibliográficas e jurisprudenciais

FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo (coord.). Um novo modelo de gestão para o ministério público: bases de uma necessária reengenharia institucional. São Paulo: Edições APMP, 2003.

Superior Tribunal de Justiça. EDcl no AgRg no Agravo de Recurso Especial nº 194.892 – RJ. Rel. Min. Mauro Campbell Marques.

Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 593.727/MG, rel. Min. Cezar Peluso, 21.6.2012.

Supremo Tribunal Federal. Rcl 7245/SP. Rel. Min. Celso de Mello.

[1](#) “Quando partes na causa, os Ministérios Públicos dos Estados, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e as Defensorias Públicas dos Estados e do Distrito Federal serão intimados na pessoa que os represente no feito”.

[2](#) STF. RE 593727/MG, rel. Min. Cezar Peluso, 21.6.2012.

[3](#) STJ. EDcl no AgRg no Agravo de Recurso Especial nº 194.892 – RJ. Rel. Min. Mauro Campbell Marques.

[4](#) STF. Rcl 7245/SP. Rel. Min. Celso de Mello.

[5](#) FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo (coord.). Um novo modelo de gestão para o ministério público: bases de uma necessária reengenharia institucional. São Paulo: Edições APMP, 2003, p. 13.

* Promotora de Justiça em Curitiba

A identidade do Ministério Público frente às manifestações populares

Inocêncio de Carvalho Santana¹

Livia Maria Santana e Sant'Anna Vaz²

Patrick Pires da Costa³

“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)

1. Síntese dogmática da proposição

A presente tese insere-se na Área III (Áreas da Política Institucional e Administrativa) do temário de teses do XX Congresso Nacional do Ministério Público, uma vez que pretende refletir acerca da identidade – e conseqüente posicionamento institucional – do Ministério Público frente às recentes manifestações populares ocorridas no Brasil.

Em linhas gerais, pretende-se demonstrar que a atuação do Ministério Público – enquanto catalizador de demandas sociais e agente político mediador de conflitos e promotor da cidadania – deve estar associada à construção de uma *identidade social* fundada na pluralidade democrática e que corresponda à credibilidade que lhe vem sendo depositada pela população brasileira.

Com efeito, tal credibilidade foi explicitada quando, através de manifestações populares, o poder investigatório do Ministério Público foi defendido nas ruas, impulsionando o Congresso Nacional a rejeitar a Proposta de Emenda Constitucional nº 37, que pretendia extinguir tal poder. Na ocasião, o deputado federal Simplício Araújo (MD-MA), vice-líder da Minoria na Câmara dos Deputados, atribuiu a derrubada da PEC 37 à mobilização da sociedade brasileira contra a proposta. “O verdadeiro autor do sucesso dessa votação é o calor das ruas”, ressaltou o parlamentar, ao declarar o voto contra a PEC. O deputado foi aplaudido pelas galerias quando pediu que a mobilização popular continuasse para derrotar o projeto “cura gay” e uma série de irregularidades no governo. “Gostaria de pedir que as manifestações que estão acontecendo em todo o país não parassem. Nós precisamos derrubar a ‘cura gay’, o governo precisa reduzir a quantidade de ministérios, dar mais transparência aos gastos públicos e diminuir os cargos comissionados”, conclamou Simplício Araújo.

A Constituição da República Brasileira é clara e estabelece, em seu artigo 5º, inciso XVI, o direito fundamental de reunião, prerrogativa que torna legal e plausível qualquer tipo de manifestação pacífica em qualquer parte do território brasileiro, independentemente da pauta ou do momento político, econômico e social que o país esteja enfrentando. Pela amplitude e

continuidade dos fatos, as manifestações que vêm acontecendo em todo Brasil, este ano, já podem ser consideradas um marco na história do país. De fato, desde a redemocratização e – talvez em menor escala – do movimento dos caras-pintadas pelo impeachment do então Presidente Collor, não se vê uma mobilização popular *em massa* tão significativa como as recentes – e ainda persistentes – manifestações populares.

Tais movimentos – que, auxiliados pelas redes sociais, espalharam-se por diversas capitais e cidades do interior, atingindo inclusive a sede do governo no Distrito Federal – revelam para toda a sociedade uma série de questões subjacentes que precisam ser levadas em consideração pelos poderes públicos e, sem dúvida e especialmente, pelo próprio Ministério Público. Pode-se elencar, dentre elas, o repúdio ao sistema de representação partidária, o combate à corrupção e a exigência de investimentos nas áreas de saúde, educação, segurança, transporte, entre outros setores.

É certo que a identificação dos pleitos das multidões, concentrados nas manifestações que ocorrem em todo o país, permite relacionar as demandas dessas massas com as atribuições e atuações do Ministério Público delineadas no corpo da Constituição Federal. Desse modo, questiona-se que posicionamento (ou posicionamentos) o Ministério Público deve (ou está legitimado a) adotar diante de tais manifestações populares.

Na obra de 1921, *Psicologia das massas e análise do eu*, escrita nove anos antes da sua obra intitulada “*O Mal-estar da Civilização*”, Freud já defende as relações entre organização interna dos indivíduos e as relações sociais, apontando para os institutos da união. Nesse sentido, é exemplar o seguinte trecho:

“Na vida psíquica do ser individual, o outro é via de regra considerado como modelo, objeto, auxiliador e adversário e, portanto, a psicologia individual é também, desde o início, psicologia social, num sentido ampliado, mas inteiramente justificado”⁴.

O ponto principal de Freud na mencionada obra é que o instituto da união, presente na sociedade, torna-se mais evidente quando da reunião de um grande número de indivíduos. Isso ocorre a partir de um líder ou de uma determinada ideia comum ao grupo, que acaba fazendo o mesmo papel de instância mediadora que propicia os laços entre os membros. Assim, os indivíduos se identificam psicologicamente com um líder ou com uma ideia e, a partir disso, se identificam também uns com os outros.

Numa linguagem simbólica, pode-se afirmar que, na realidade do Brasil contemporâneo, há uma identificação de grande parte dos indivíduos que compõem o corpo social com a atuação institucional do Ministério Público, o que pode ser concluído ao se atribuir a derrubada da PEC 37 à mobilização da sociedade brasileira contra a proposta.

Tal fenômeno exige 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 – ao *clamor das ruas* e assumindo o seu papel de instância mediadora (de verdadeiro Ouvidor), negociadora e promotora da plena cidadania. Em contraposição, entende-se que não cabe ao Ministério Público adotar postura precipitadamente repressora, associando-se à Administração Pública para inibir ou conter as manifestações populares, em sua grande maioria legítimas e pacíficas.

A pacificação social num Estado Democrático de Direito passa pela efetividade das políticas públicas na concretização dos direitos fundamentais. E foi pela defesa do regime democrático e dos direitos fundamentais, tão escancaradamente desrespeitados no Brasil, que o Poder

Constituinte de 1988 vislumbrou o Ministério Público com as garantias e prerrogativas que lhe são inerentes.

Desse modo, defende-se que o Ministério Público precisa assumir – legitimado pelo efetivo poder que emana do povo – o seu papel jurídico, político e social de Promotor da Cidadania, construindo de maneira permanente sua identidade, fundada numa concepção plural da sociedade brasileira e que seja capaz de manter a credibilidade e o apoio da população, sem perder de vista as suas missões constitucionais.

2. Fundamentação

2.1 A Constituição Federal de 1988 e a instituição de um Ministério Público Promotor da Cidadania

Com a paulatina evolução dos direitos fundamentais, há uma transcendência das prerrogativas de caráter individual, às quais são agregados os direitos de viés social – também denominados de direitos de segunda dimensão. A partir de então, nota-se que, embora juridicamente positivados e, portanto, formalmente assegurados a todos, os direitos de liberdade limitam-se diante do obstáculo da desigualdade social. Em outras palavras a liberdade não é a mesma para todos, já que muitos não têm acesso aos meios para exercê-la plenamente. Os direitos de liberdade, nos seus diversos aspectos, são exercidos de maneira mais ou menos ampla a depender do *status* social e econômico do indivíduo.

Tendo em vista a complementariedade entre os direitos individuais e os direitos sociais, fica claro que a omissão estatal quanto à garantia destes afeta profundamente o exercício daqueles, que, desse modo, também não logram sua plena efetividade.

Desta forma, o direito à liberdade de profissão não é pleno para aqueles que não têm acesso ao trabalho, nem à qualificação profissional; o direito à propriedade não é efetivo para aqueles desprovidos de moradia; a liberdade de ir e vir torna-se lacunosa sem a garantia do direito à segurança; o direito à vida perde sua genuinidade, para os indivíduos que não têm garantido o direito à saúde.

A Constituição Federal de 1988 é um claro retrato da evolução dos direitos fundamentais, uma vez que elenca um rol extenso de direitos fundamentais, atribuindo ao novo Ministério Público papel essencial na concretização dessas prerrogativas jusfundamentais. Ora, o advento de uma nova ordem constitucional, em outubro de 1988, não marcou apenas o término de duas décadas de ditadura e o ingresso do País no regime democrático. Colocou também em novos termos o debate sobre direitos humanos e reanimou a própria reflexão sobre o direito público, basicamente circunscrita, até então, à oposição entre uma abordagem meramente dogmática e um jusnaturalismo ingênuo.

Segundo Konrad Hesse, a ordenação jurídica e a realidade devem ser consideradas em sua relação e no seu condicionamento recíproco. Nas palavras do jurista, faz-se mister encontrar, portanto, um caminho entre o abandono da normatividade em favor do domínio das relações fáticas, de um lado, e a normatividade despida de qualquer elemento da realidade, do outro ⁵.

Nesse sentido, a norma constitucional não tem existência dissociada da realidade, sendo que a sua essência está umbilicalmente ligada à sua vigência. Em outras palavras, a situação disciplinada pela norma constitucional tem a pretensão de lograr aplicabilidade social, de ser efetivada no plano concreto, na realidade dos fatos. Tal pretensão de eficácia não pode ser

separada das condições naturais, políticas, econômicas e sociais. E é justamente em função dessa pretensão de eficácia que a Constituição jurídica, ao mesmo tempo em que é determinada pela realidade, opera como elemento determinante desta, sem perder a força normativa que se lhe impõe atribuir, enquanto receptáculo dos valores mais supremos da sociedade.

O tensionamento das relações entre sociedade e Estado, decorrente da implementação insatisfatória dos direitos fundamentais, força à imposição de novas tutelas e novas formas de mediação, capazes de responder às demandas sociais por direitos concretos e não apenas escritos.

Nesse contexto, o Ministério Público vem se destacando enquanto de agente de transformação social, capaz de mediar conflitos em busca de soluções para a salvaguarda dos direitos e garantias mínimas da sociedade brasileira, nos mais diversos aspectos.

Nas palavras de Hugo Nigro Mazzilli,

“O Ministério Público brasileiro muito evolui: começou como defensor do rei, passou a defensor do Estado, depois a defensor da sociedade, e hoje, nos termos do perfil que lhe traçou a Constituição de 1988, como vimos, passou a ser defensor de uma sociedade democrática.” [6](#)

Este novo perfil marca a especificidade do Ministério Público brasileiro, que deve se modernizar para adaptar-se às novas exigências do direito contemporâneo, salvaguardando os interesses dos grupos sociais considerados mais fracos e, por isso, merecedores de proteção especial. E são justamente essas as demandas das recentes manifestações populares no Brasil – saúde, educação, transporte público de qualidade, etc. –, ainda que nem sempre sejam encampadas pelos menos favorecidos [7](#), fator que não afasta a legitimidade dos pleitos.

Tratando do caráter político da função ministerial, Hugo Nigro Mazzilli afirma que

(...) embora na defesa da sociedade a instituição atue em áreas de interesse da população em geral, parece claro que sua ação deva atingir, sobretudo, os interesses das parcelas excluídas do acesso à Justiça, e causas que propiciem melhoria na qualidade de vida desse continente mais desassistido. A assunção dessa função social impõe a responsabilidade de provocar a aplicação da lei na perspectiva mais direta de atenuar os efeitos das desigualdades sociais. [8](#)

É importante realçar que a atual Constituição brasileira, no seu artigo 1º, não consagra uma democracia singular, mas sim, um regime democrático fundado no pluralismo. Logo, os elementos caracterizadores de uma sociedade politicamente plural exige a atuação de um Ministério Público dinâmico, multifatorial e até (por que não) interdisciplinar, com a utilização dos mecanismos constitucionais, legais e também extralegis, com vistas a alcançar a promoção da cidadania de maneira mais equitativa.

É possível afirmar que o pluralismo é decorrente do próprio regime democrático adotado pelo Poder Constituinte. Com efeito, a Carta Constitucional brasileira procurou assegurar instrumentos que possibilitem a convivência harmônica das diversas concepções de mundo, em seus variados âmbitos, como, por exemplo, o religioso, o filosófico, o jurídico, o social e o político. Essa convivência somente pode ser alcançada na medida em que todos os grupos sociais, apesar de suas diferenças, tolerem o posicionamento dos outros grupos e, até mesmo, dos indivíduos que não pertençam a nenhum dos grupos já existentes.

Ressalte-se que pluralismo político não se confunde com pluralismo partidário. Relaciona-se

com a possível e garantida existência de várias opiniões e ideias, com o respeito por cada uma delas⁹. O pluralismo político, como base do Estado Democrático de Direito, implica o reconhecimento de que a sociedade é formada por vários grupos, portanto composta pela multiplicidade de vários centros de poder em diferentes setores.

É assim, pois, que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 opta pela construção de sociedade pluralista, que respeita a pessoa humana e a sua liberdade, em lugar de uma sociedade monista, que mutila os seres e engendra as ortodoxias opressivas. O pluralismo, que despontou e se firmou em contraposição aos regimes coletivistas, monolíticos e de poder fechado, é uma realidade, pois a sociedade se compõe de uma pluralidade de categorias sociais, de classes, de grupos sociais, econômicos, culturais e ideológicos.

Em nossas sociedades cada vez mais diversificadas, torna-se indispensável garantir uma interação harmoniosa entre pessoas e grupos com identidades culturais a um só tempo plurais, variadas e dinâmicas. As políticas que favorecem a inclusão e a participação de todos os cidadãos garantem a coesão social, a vitaliciedade da sociedade civil e a paz. Definido dessa maneira o pluralismo sócio-político-cultural constitui a resposta política à realidade da diversidade. Portanto, inseparável de um contexto democrático, o pluralismo é propício aos intercâmbios sócio-culturais e ao desenvolvimento das capacidades criadoras que alimentam a vida em sociedade.

O Ministério Público, enquanto 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, o Ministério Público não deve acomodar-se numa identidade singular – ou associada a este ou aquele Poder –, antes deve assumir seu caráter *multidentitário*, fundado na diversidade e pluralidade da população brasileira.

Nesse passo, importa citar importante reflexão de Paulo Bonavides acerca da identidade do novo Ministério Público concebido pela Constituição Federal de 1988:

“O Ministério Público (...) nem é governo, nem oposição. O Ministério Público é constitucional; é a Constituição em ação, em nome da Sociedade, do interesse público, da defesa do regime, da eficácia e salvaguarda das instituições. (...) O Ministério Público da Constituição, a heróica casa que abraça sem temor, sem tergiversação, sem recuo, a causa da nação, e, no confronto com os poderosos, reprime o crime, a improbidade administrativa, as malversações do erário. Sentinela da coisa pública, é o Ministério Público da Sociedade, do cidadão, do povo, do governante constitucional; (...). Sem embargos de quantos obstáculos lhe foram postos pelo Executivo ao legítimo exercício de seu papel essencial à conservação do sistema constitucional, a instituição vanguardista do combate à corrupção cresceu (...) na estima dos cidadãos, na opinião comum, na fé pública. Cresceu como nenhuma outra neste País. (...) Faz-se mister, por conseguinte, como já o fizemos, louvá-lo, e exortá-lo a não esmorecer, quando sustenta essa bandeira que outros, por pusilanimidade, descumprindo deveres constitucionais, deixaram arriar. (...). Ele é, portanto, pedaço vivo da Constituição; órgão que o Executivo (...) desejará morto ou inibido para o desempenho de sua missão ética e saneadora das instituições”.¹⁰

Atualmente, o desafio não se concentra tanto na criação de novos direitos, mas na aplicação de medidas de concretização dos direitos já exhaustivamente previstos pelo Legislador Constituinte. As políticas públicas e projetos sociais configuram-se justamente como

instrumentos de efetivação equitativa dos valores constitucionais, em especial, dos direitos de viés social, possibilitando a aplicação das normas no mundo dos fatos, e evitando que a Constituição Federal permaneça letra morta (em muitos de seus aspectos), mera folha de papel.

O comprometimento do Ministério Público – e também dos demais operadores do direito – é de fundamental importância no sentido de promover a força normativa da Constituição e dos valores por ela assumidos. Além de vontade política, requer-se “vontade de constituição”.¹¹ Dessa maneira, a implementação de ações promotoras da cidadania requer esforços integrados dos diversos poderes, e não soluções exclusivamente extraídas do ordenamento jurídico.

Nessa conjuntura, o Ministério Público configura-se como agente catalizador 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 papel do Ministério Público 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.

2.2. A identidade social do Ministério Público

Ao longo desses 25 anos de existência do novo Ministério Público, que identidade foi construída pela instituição aos olhos da sociedade?

Pesquisa de opinião sobre o Ministério Público no Brasil, realizada pelo Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística (IBOPE)¹², em fevereiro de 2004, constatou que o Ministério Público era, na ocasião, a quarta instituição com maior credibilidade no país, superada apenas pela Igreja Católica, pelas Forças Armadas e pela Imprensa, que estão tecnicamente empatadas na liderança. Os entrevistados elegeram como áreas prioritárias da atuação do Ministério Público, na seguinte ordem: o combate ao crime organizado; o combate à corrupção; a defesa da infância e juventude, idosos e deficientes; o combate ao trabalho infantil; o combate ao trabalho escravo; a defesa do consumidor; a defesa do meio ambiente; a fiscalização dos processos de acidentes de trabalho; a fiscalização dos processos de família; e a defesa dos direitos dos indígenas. Outra revelação importante da pesquisa foi a constatação de que a maioria dos entrevistados não apenas aprova a atuação do Ministério Público, como também entende que ela deve ser ampliada.

Em 2009, pesquisa semelhante foi realizada pela Fundação Getúlio Vargas, com a finalidade de avaliar o Índice de Confiança do Poder Judiciário¹³. Segundo o levantamento, o Ministério Público aparece em terceira posição com 51% de índice de confiança, ficando atrás apenas das Forças Armadas e da Igreja Católica. Grandes empresas ficaram em quarto lugar, a imprensa escrita, em quinto, e o Judiciário em sexto.

Dentre as áreas prioritárias de atuação ministerial apontadas pelos entrevistados, muitas dizem respeito à proteção dos direitos e interesses das minorias, revelando uma grande expectativa da sociedade quanto aos resultados a serem atingidos pelo Ministério Público nesse setor. O atendimento dessas expectativas que representam também a demanda social nessa esfera é essencial para a manutenção da credibilidade adquirida pelo Ministério Público ao longo dos anos. E é essa credibilidade e apreço sociais que, em muitas circunstâncias, podem forçar a manutenção, e até o incremento, das garantias e investimentos públicos para o

fortalecimento e melhor estruturação da instituição.

A partir dos dados acima expostos considera-se plausível relacionar o fenômeno político e partidário aqui tratado com o ensaio freudiano, *Psicologia das massas e análise do eu*, publicado em 1921, considerado pelos críticos como um esforço louvável de reflexão diante da barbárie que representou para o mundo, e especialmente para a Europa, a destruição provocada pela Primeira Grande Guerra. Era uma época de incertezas e de muitas perguntas sobre o que levara a humanidade a tal grau de barbárie, de destruição e de violência. Em algumas passagens de sua obra, Freud faz menção à guerra e escolhe o Exército como um dos fenômenos de massa que analisa. O outro coletivo que lhe aponta um horizonte de reflexão se refere aos grupos religiosos, entre os quais toma particularmente como objeto de estudo a Igreja Católica. Coincidentemente, as mesmas instituições que aparecem nas recentes pesquisas citadas como as mais confiáveis, e dentre as quais figura o Ministério Público.

Freud busca responder, em seu aludido ensaio, a uma das perguntas que considerava um divisor de águas nos diversos estudos com os quais teve contato: o que mantém uma determinada massa coesa? A resposta terá muitas derivações. Ele responde a essa questão resumindo-a em uma palavra: Eros. Freud não se contenta com análises mais descritivas presentes nos textos nos quais se deteve, pois as considera insuficientes para entender uma série de fenômenos grupais. Falar em sugestão, hipnose, mecanismos de fascinação, sede de poder não lhe parecia responder ao fenômeno que liga os elementos de uma massa entre si e, ao mesmo tempo, a um líder. Para compreender esses mecanismos psíquicos, Freud ousou transferir alguns conceitos já clássicos em sua obra para a compreensão do funcionamento psíquico das massas, tais como identificação, regressão, idealização, circuitos de investimento libidinal e a lógica do recalque com suas derivações, manifestadas sobretudo na formação dos sintomas.

Não há dúvida as ideias freudianas nos abrem alguns caminhos de reflexão a respeito das diversas posturas adotadas pelo Ministério Público em todo país diante das manifestações populares, ora representando posturas que relevam identificação, ora regressão, ora recalque, a exemplo de alguns discursos que caracterizam as manifestações como atos atentatórios à ordem social, considerando os manifestantes como vândalos, indistintamente.

Face às considerações acima, às pesquisas mencionadas e ao recente e explícito apoio popular, é forçoso reconhecer a produção de uma representação social em torno do Ministério Público como um líder que os indivíduos se identificam conforme a concepção freudiana esboçada. No entanto, diante dos recentes acontecimentos, é forçoso também admitir que o Ministério Público – detentor das mesmas funções e poderes em todo o território brasileiro e legitimado pela população, tanto nas pesquisas como nas ruas – parece viver uma crise de identidade, assumindo posicionamento antagônicos frente às manifestações populares.

2.3. O Ministério Público frente às manifestações populares: ouvidor ou repressor?

É certo que os pleitos das multidões concentrados nas manifestações que ocorrem em todo país, permite afirmar a identificação destas massas com as atribuições do Ministério Público delineadas no corpo da Constituição Federal e que alicerçaram a atuação da instituição ao longo desses 25 anos de existência.

No entanto, faz-se necessário refletir acerca de algumas posturas adotadas pelo Ministério

Público, em diversos Estados da República Federativa do Brasil, face aos manifestantes e manifestações, sob o argumento de manutenção da ordem, de combate à violência.

Não se pode negar que as marchas populares tiveram resultados importantes em meio aos poderes públicos institucionalizados, que, por outro lado, parecem impotentes no que se refere ao controle dos movimentos. Ora se omitem diante de atos de vandalismo, ora reagem com extrema violência policial.

Nessa conjuntura, é importante que o Ministério Público assumira postura própria, independente e condizente com o seu papel de defensor do regime democrático e dos direitos fundamentais. Nada obstante, o que se vê, na prática, é que diversas e mesmo antagônicas têm sido as posições assumidas pelo Ministério Público nos Estados da Federação.

Em quase todo o Brasil, com exceção do Rio de Janeiro, os manifestantes que escondem seus rostos atrás das máscaras recebem apoio da OAB e até do Ministério Público. Foi o que se viu em Goiânia por ocasião do dia 7 de setembro. Na véspera do feriado, o jornal “O Popular” informou que a Polícia Militar faria “uso progressivo da força” para impedir que manifestantes encobrissem o rosto durante os protestos programados para o Dia da Independência, em Goiânia. Segundo o assessor de comunicação social da PM, tenente-coronel Walter Caetano, quem não mostrasse o rosto seria autuado por desobediência civil. “Queremos ajudar a todos que vão se manifestar de forma pacífica e ordeira. Quem não mostrar o rosto, a polícia vai tratar como subversivo, bandido”, afirmou o tenente-coronel, segundo o jornal. Em face da nota, o promotor Vinícius Marçal Vieira, coordenador do Centro de Apoio Operacional Criminal do Ministério Público de Goiás, encaminhou um ofício para o coronel Sílvio Benedito Alves, comandante da Polícia Militar do Estado, não para apoiar a ação anunciada pela polícia, mas para admoestar o comandante.

Em seu ofício, o promotor fez o seguinte alerta ao comandante da PM: “A ação policial consistente em ‘impedir que os manifestantes tapem o rosto’, sob o argumento de que ‘quem não mostrar o rosto será autuado por desobediência civil’ e será tratado como ‘subversivo, bandido’, não se compraz com os princípios reinantes do Estado Democrático de Direito, devendo ser veementemente combatida. A uma, porque o direito à livre manifestação do pensamento tem status constitucional de direito fundamental; a duas, porque ‘desobediência civil’ – cujo conceito foi muito bem trabalhado por Henry Thoreau, em clássica obra – não configura infração penal; a três, porquanto a ‘autuação’ de pessoas, sem ordem judicial ou que não estejam em situação de flagrância, configura crime de abuso de autoridade, nos termos dos artigos 3º e 4º da Lei 4.898/65”.

Por fim, o promotor recomendou ao comandante que orientasse os policiais “no sentido de se absterem de efetuar ‘autuações’ de quem vier a se manifestar com o rosto coberto”, deixando claro que a ‘autuação’ não pode ser feita “por esse único e exclusivo motivo”. Mas também acrescenta que essa circunstância (a abstenção de autuar previamente os mascarados) “não obstará, todavia, a repressão a ilícitos penais eventualmente praticados”.

O Ministério Público do Pernambuco recomendou à Polícia Militar que não proibisse os manifestantes de usarem máscaras durante as manifestações realizadas no Estado. Em agosto, o governo de Pernambuco proibiu o uso do objeto em protestos. Além disso, o órgão ministerial recomendou que os policiais andassem com a carteira funcional e com o nome na farda e que revistas de manifestantes só acontecessem quando houvesse indícios de crime. A recomendação foi divulgada em setembro, durante as discussões do Governo sobre um protocolo que define a conduta dos policiais durante os protestos.

Enquanto isso, no Rio de Janeiro, em mão de direção contrária às posturas adotadas em Goiás e Pernambuco, a Comissão Especial de Investigação de Atos de Vandalismo em Manifestações Públicas, formada pelo Ministério Público, Polícia Militar e Civil, e Tribunal de Justiça entrou com uma medida na Justiça Criminal para obrigar os manifestantes mascarados a tirarem as máscaras e se identificarem imediatamente, quando da abordagem policial. “Caso contrário vão ser encaminhados para identificação criminal em uma delegacia”, disse o promotor Decio Alonso, membro da comissão.

Já no Estado da Bahia, o Ministério Público implantou um grupo de atuação que, entre outras funções, pretende evitar o fechamento de rodovias e principais vias da capital baiana durante as manifestações.

A medida foi tomada após o Vice-governador e o Secretário Estadual da Infra-Estrutura protocolarem um pedido de intervenção do Ministério Público na ocasião em que um trecho da BR-324, principal acesso a Salvador, permaneceu fechado durante sete horas, por manifestantes. O ato foi publicado no Diário da Justiça através da portaria 972/2013.

Segundo o chefe do Ministério Público baiano, o trabalho do grupo será feito no intuito de identificar rapidamente que órgãos do poder público poderão negociar com manifestantes para minimizar os impactos para a população, evitando o caos. O grupo é formado por promotores de Justiça dos Centros de Apoio Operacional da Segurança Pública e Defesa Social (CEOSP), da Cidadania (CAOCI), Criminal (CAOCRIM) e dos Núcleos de Inteligência Criminal (NIC) e de Direitos Humanos (NUDH) e vai trabalhar em parceria com o MPF, a Secretaria Estadual de Infraestrutura (SEINFRA), a Secretaria da Segurança Pública (SSP), além das Polícias Rodoviárias, Federal e Estadual.

Diante dos posicionamentos acima descritos, entende-se, em linhas gerais, que é dado o momento de reafirmar e melhor delinear a identidade constitucional e social do Ministério Público Promotor da Cidadania, do Ministério Público da Constituição, do povo, da democracia. Esse Ministério Público concebido pelo Poder Constituinte de 1988 não pode posicionar-se *a priori* e de maneira irrefletida como *inimigo do povo*, como Estado Repressor. Não possui legitimidade, quer constitucional, quer social, para tanto. Deve valer-se da sua autoridade moral – que falta ao Poder Executivo – não para coibir as manifestações, mas para ouvir e atuar pela concretização dos legítimos pleitos dos manifestantes, em muito coincidentes com a obrigatória atuação ministerial enquanto *Constituição viva*.

3. Conclusões

Por fim, o que se pode concluir, por meio do comportamento dos manifestantes, pacífico ou violento, com máscaras, de caras pintadas ou lavadas, bem como através dos discursos relevados através das frases postas em seus cartazes e faixas, é a vontade de construir uma República Federativa do Brasil pautada em seus princípios constitucionais, o que se identifica com a imagem do Ministério Público esculpida na Carta Magna de 1988, sobretudo no que se refere à missão de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis.

Em síntese, no debate sobre a busca de uma identidade do Ministério Público do novo milênio, Promotor da Cidadania e Ouvidor das vozes das ruas, 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 não deve acomodar-se numa identidade singular – ou associada a este ou aquele Poder –, antes deve assumir seu caráter *multidentitário*, fundado na diversidade e pluralidade inerentes ao regime democrático;
- 3) O Ministério Público concebido pelo Poder Constituinte de 1988 não pode posicionar-se *a priori* e de maneira irrefletida como *inimigo do povo*, mas deve, antes, valer-se da sua autoridade moral – que falta ao Poder Executivo – não para coibir as manifestações, mas para ouvir e atuar pela concretização dos legítimos pleitos dos manifestantes, em muito coincidentes com a obrigatória atuação ministerial enquanto *Constituição viva*.
- 4) O Ministério Público precisa assumir – legitimado pelo efetivo poder que emana do povo – o seu papel jurídico, político e social de Promotor da Cidadania, construindo de maneira permanente sua identidade, fundada numa concepção plural da sociedade brasileira e que seja capaz de manter a credibilidade e o apoio da população, sem perder de vista as suas missões constitucionais;
- 5) 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 – ao *clamor das ruas* e assumindo o seu papel de instância mediadora (de verdadeiro Ouvidor), negociadora e promotora da plena cidadania.

Não se vislumbra melhor desfecho, para suscitar a reflexão, do que as seguintes palavras de Paulo Freire:

“Eu morreria feliz se visse o Brasil cheio, em seu tempo histórico, de marchas. Marcha dos que não tem escola, marcha dos reprovados, marcha dos que querem amar e não podem, marcha dos que se recusam a uma obediência servil, marcha dos que se rebelam, marcha dos que querem ser e estão proibidos de ser. Eu acho que, afinal de contas, as marchas são andarilhagens históricas pelo mundo...O meu desejo, o meu sonho, é que outras marchas se instalem neste país. Por exemplo: a marcha pela decência, a marcha pela superação da sem vergonhice que se democratizou terrivelmente neste país. Eu acho que essas marchas nos afirmam como gente, como sociedade querendo democratizar-se”.

Paulo Freire

¹ O autor é Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz, Bacharel em Psicologia pela UNIME de Itabuna, Especialista em Direito Público pela Universidade Católica de Salvador, Professor da UEFS, FTC e UNIME e Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia.

² A autora é Bacharela em Direito pela Universidade Federal da Bahia, Bacharela em Comunicação Social pela Universidade do Estado da Bahia, Mestra em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia, Doutoranda em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Doutoranda em Direito pela Universidade de Paris 1 (Sorbonne) e Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia.

³ O autor é Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz e Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia.

⁴ Cfr. Sigmund Freud, **Psicologia das massas e análise do eu**. In Sigmund Freud, Obras Completas, vol. 15, Psicologia das massas e análise do eu e outros textos (1920-1923). Trad. Paulo César de Souza. Companhia das Letras, p. 10.

⁵ Cfr. Konrad Hesse, **Força Normativa da Constituição**, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 14.

⁶ Cfr. Hugo Nigro Mazzili, **O Acesso à Justiça e o Ministério Público**, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 75/76.

⁷ Pelo menos, os meios de comunicação têm identificado, no mais das vezes, os manifestantes com a classe média.

- 8** Cfr. Hugo Nigro Mazzili, **O Acesso à Justiça e o Ministério Público**, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 73.
- 9** Cfr. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, Curso de Direito Constitucional, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 146, “embora a Constituição brasileira, assim como tantas outras, utilize a expressão pluralismo agregando-lhe o adjetivo político, fato que à primeira vista poderia sugerir tratar-se de um princípio que se refere apenas a referências políticas e/ou ideológicas, em verdade a sua abrangência é muito maior, significando pluralismo na polis, ou seja, um direito fundamental à diferença em todos os âmbitos e expressões da convivência humana, tanto nas escolhas de natureza política quanto nas de caráter religioso, econômico, social e cultural, entre outros, um valor fundamental, portanto (...).”
- 10** Cfr. Paulo Bonavides, **Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência – por uma Nova Hermenêutica – por uma repolitização da legitimidade**. 3a ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 384/388.
- 11** Cfr. Konrad Hesse, **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.
- 12** CONAMP. **Pesquisa sobre o Ministério Público no Brasil** – Pesquisa de opinião realizada pelo Ibope em 02/2004. Rio de Janeiro: CONAMP, 2004, p. vii/viii.
- 13** Disponível em <<http://noticias.uol.com.br/politica/2009/09/01/ult5773u2306.jhtm>>. Disponível também em <<http://amp-pr.jusbrasil.com.br/noticias/3029431/pesquisa-fgv-ministerio-publico-e-uma-das-tres-instituicoes-mais-confiaveis>>. Acesso em 23 de setembro de 2013.

O Ministério Público e o Mito de Anteu: o Fortalecimento Institucional Através da Função-Mãe.

*Júlio César Soares Lira**

*“...Remando ou varejando
não importa sangue o peito: saberemos lutar.
A luta dos remeiros, como a nossa,
é o embate dos que não perderam a fé
dos que têm esperança
dos que firmam os pés molhados nas coxias
de olhos voltados sempre para a frente.
O peito rijo que se abre em calos
se enrijece na certeza de que a união nos fará fortes
no vislumbre de novos horizontes que juntos buscaremos.
Rio acima contra a correnteza
e a alma cheia de esperança.”*

Nilo Coelho

Petrolina
Setembro - 2013

1. Introdução

Da união de Posídon e Gaia (Terra), descreve a mitologia grega, nasceu o gigante Anteu. Exposto à luta, à refrega esgotante, bastava tocar o corpo fatigado na terra (sua mãe) para reanimar-se e tornar-se imbatível. No encontro com o filho de Zeus, toda vez que Anteu percebia se lhe escaparem as energias, rojava-se ao chão para logo se erguer contundente, ameaçador. Foi Héracles (Hércules) que, percebendo a maravilhosa ajuda que Anteu hauria quando jazia estendido na areia, gritou:

“- De pé, Anteu! Não te deixarei mais renovar teu vigor: morrerás esmagado pelo meu peito”.

Assim foi. Erguido do solo, fora de contato com a terra, o gigante afinal sucumbiu.

É dentro desta concepção de uma terra que revitaliza que podemos encontrar o *mito de Anteu*. O mito de Anteu permite caracterizar o novo vigor que se manifesta quando há um reencontro com a origem, com a mãe-terra.¹

Contextualizando o mito de Anteu ao nosso valoroso Ministério Público, de se observar que a instituição deverá buscar sua força vital no povo, na aproximação adequada e eficaz com a sociedade, no desiderato de alcançar a almejada legitimação social, fortalecendo-se e tornando-se imbatível no desempenhar de suas funções constitucionais, notadamente, no que

é pertinente ao seu mister de DEFENSOR DA SOCIEDADE.

Esse sistema de retroalimentação, onde o Ministério Público vai buscar sua “sobrevivência” no tecido social, atendendo através de suas atribuições judiciais e extrajudiciais aos legítimos anseios do povo; e onde a sociedade se alimenta de tais atividades para ver assegurado o mínimo existencial, certamente, proporcionará a sonhada legitimação social e a eficácia funcional da Instituição em foco.

Os membros do Ministério Público do Século XXI, reforçando-se na condição de agentes políticos representantes do interesse da sociedade, necessitam assumir um novo perfil de atuação, tornarem-se Promotores de fatos, ou Promotores resolutivos, a fim de enfrentar as atuais demandas, até pouco tempo inimagináveis, próprias de uma sociedade em constante mutação.

A missão, os objetivos estratégicos, os valores, suas forças e oportunidades deverão conduzir o Ministério Público a superar as grandes ameaças que lhe cercam, todavia é imperioso canalizar todas essas condições favoráveis à eficácia de suas ações. As prioridades institucionais não podem estar desvinculadas dos anseios sociais, por isso a participação da sociedade deverá dar o norte às ações do Ministério Público para que não seja dissonante a atuação dos Promotores de Justiça com os desejos e necessidades primárias da população a que servem.

Destarte, o que se visa na presente tese é a demonstração de que a aproximação com a sociedade trará força vital revigorante ao Ministério Público, como o Anteu mitológico, força essa capaz de minimizar, ou até mesmo neutralizar, as ações nefastas que teimam em retirar da Instituição as importantes funções que lhe fizeram imprescindível ao fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

Talvez, numa análise açodada, possa parecer contraditório o que se persegue, isto é, idealizar o fortalecimento institucional através de um retorno atávico à função-mãe da Instituição, que é o atendimento do Promotor de Justiça ao público, todavia, é justamente essa volta estratégica, devidamente adaptada às atuais demandas, que possibilitará o engrandecimento e o fortalecimento do Ministério Público.

Buscando reafirmar essa necessidade essencial de fidelidade do Ministério Público aos seus ideais de berço, vale destacar as impressões do Ilustre João Gaspar Rodrigues:

*“O Ministério Público não retira sua força da proximidade com o judiciário, Executivo ou Legislativo, ou de qualquer outro escaninho da máquina estatal. Não. Como Anteu da mitologia, a instituição fortalece-se quando se aproxima da sociedade, quando através de suas atribuições (judiciais e extrajudiciais) atende os legítimos anseios sociais, quando em defesa dos interesses sociais não escolhe ou poupa adversários, quando em sua evolução institucional se mantém fiel aos ideais de berço (ou às coordenadas originárias): justiça, paz, segurança, liberdade, interesse público. É no começo de todas as coisas que se encontra o que há de mais precioso e essencial”.*²

Entre as principais e mais antigas funções dos órgãos do Ministério Público, está o atendimento ao público, por meio do qual os Promotores de Justiça orientam, informam, fazem encaminhamentos, recebem denúncias e reclamações de toda ordem, podendo-se denominá-la de FUNÇÃO-MÃE.

Tal função remonta a tempos não precisos na evolução do Ministério Público brasileiro, sendo certo que, historicamente, as atribuições ministeriais, tanto essa função de atendimento

à população como todas as demais funções que lhe conferem importância, surgiram primeiro de fato, por intermédio das demandas prementes, sendo posteriormente reconhecidas legalmente³.

Não se quer afirmar aqui que o Ministério Público deixou de realizar o atendimento ao público, ao revés, posto que, mesmo após a Constituição Cidadã lhe retirar a função de prestação de assistência judiciária aos necessitados nas localidades onde não existissem órgãos com tal atribuição, o atendimento ao público persistiu e constitui a mais significativa das atribuições Ministeriais.

Portanto, a ligação, o elo entre o Ministério Público e a função-mãe (a mãe terra, para Anteu), no caso a do atendimento direto à população, trará, além da legitimação social, o seu fortalecimento, para tornar-se, cada vez mais, depositário da defesa dos Direitos Fundamentais da sociedade.

Elegendo o atendimento ao público como prioridade, através da sistematização desse atendimento pelo Ministério Público em todos os rincões do nosso País, de norte a sul, de leste a oeste, do Oiapoque ao Chuí, nas zonas rurais ou urbanas, onde quer que atue um Promotor de Justiça, pode-se alcançar de fato a unidade nacional.

2. O Ministério Público “Ombudsman”

O “ombudsman” é originário da Suécia, nos idos de 1809, surgindo para propiciar ao Parlamento o controle dos funcionários públicos e os magistrados em face do cumprimento das leis.

“... esta figura foi criada visando proteger os direitos e garantias fundamentais do cidadão, apresentando, dentro do ordenamento jurídico de cada país, uma denominação, qual seja: *ombudsman* (Suécia), *mediateur* (França), *comissário parlamentar* (Inglaterra), *provedor da justiça* (Portugal), *prokuratura* (Rússia), *defensor do povo* (Espanha)”⁴

O “ombudsman”, portanto, pode ser conceituado como um sistema de amparo aos direitos individuais, sendo, “órgão de controle ou fiscalização da atividade estatal, atribuído a um ou mais indivíduos, com amplos poderes de investigação e de recomendação”⁵.

“ O *ombudsman*, nos países de origem, vem a ser um órgão destinado a exercer controle sobre as atividades da administração, bem como defender interesses coletivos diversos, como, por exemplo, o *ombudsman* do consumidor, o da liberdade econômica, o da imprensa, o da saúde pública, o estudantil, o empresarial. Sendo um órgão investigatório, não tendo o poder de punir ou reparar qualquer injustiça”⁶.

No Brasil, ainda sob a égide da Carta de 1969, mas já na Assembléia Nacional Constituinte de 1987/1988, manifestava-se a preocupação em criar a figura jurídica do “Ombudsman” nacional, com inspirações nas Constituições espanhola e portuguesa, com o objetivo de integração entre os Poderes.

Contudo, chegou-se ao consenso de que já contávamos com o Ministério Público, organizado em carreiras em todo o País e devidamente estruturado para o exercício de funções afetas ao “ombudsman”, principalmente, através do atendimento ao público,

carreando-lhe, a Constituição Federal vigente, em verdadeiro alargamento funcional, os instrumentos para que assumisse novos e relevantes encargos, inteiramente, diga-se, compatíveis com sua destinação.

Vale a pena trazer a colação trecho da apreciação de Mazzilli, à época, acerca do ora disposto:

“Fala-se hoje na criação do *ombudsman* no país. O *ombudsman* vem a ser um órgão surgido nos países escandinavos, destinado a um controle sobre as atividades da administração e depois para atender a interesses coletivos diversos (*ombudsman* do consumidor, da liberdade econômica, da imprensa, da saúde pública, o estudantil, o empresarial etc). Em nosso entender, porém, não é necessário criá-lo. O órgão do Ministério Público, em nosso direito, tem tradicionalmente a função de receber as notícias de abusos de autoridades, á estando investido no poder que o Estado lhe confere de promover junto à Justiça a responsabilização criminal dessas autoridades, o que ao próprio *ombudsman* não é conferido nos países onde ele é órgão auxiliar do Poder Legislativo”.⁷

Desta feita, a Constituição Federal, em seu art. 129, inciso II, trouxe, entre outras, como função do Ministério Público a de “zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia”, que configura, exatamente, a figura do “ombudsman”.

Fácil perceber, assim, que as funções próprias do “ombudsman” que foram atribuídas ao Ministério Público, merecendo destaque a função de defesa dos direitos sociais e dos direitos individuais indisponíveis, ganharam relevo, ao passo que, ao contrário da figura originária, foi conferida ao Órgão Ministerial a prerrogativa de agir seja preventiva quanto repressivamente, seja extrajudicialmente seja judicialmente.

“O Ministério Público tem legitimidade, outorgada pela Constituição (artigo 129), para promover, privativamente, a ação penal pública; como também a legitimidade – concorrente com a de outros entes – para ajuizar ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo; legitimidade para fazer a representação por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo; legitimidade para fazer a representação por inconstitucionalidade para intervenção da União em Estado-Membro ou no Distrito Federal, no caso de violação de princípio basilar da República Federativa do Brasil; e, ainda, legitimidade para promover a ação civil pública (concorrentemente) e quaisquer outras ações judiciais que se fizerem necessárias para requerer do Poder Judiciário a prestação jurisdicional, toda vez que for configurada a lesão ou ameaça de lesão de direitos e interesses difusos, coletivos, individuais homogêneos e individuais indisponíveis”.⁸

Na mesma linha de entendimento a respeito de ser despicienda a criação do “ombudsman” fora do Ministério Público, Mazzilli arremata:

“Temos sustentado que um Ministério Público realmente forte e independente dispensaria tal órgão à parte, que, mesmo nos países onde foi criado, tem funções apenas investigatórias, enquanto o Ministério Público, entre nós, além da investigação, tradicionalmente tem a função de levar às barras dos tribunais os responsáveis pelas

violações.”⁹

Reafirma-se, então, que a Constituição Federal de 1988, com base em novo paradigma, conferiu ao Ministério Público a possibilidade de construir uma nova ordem social, agindo politicamente (e não partidariamente) junto e para a população mais carente. O Promotor de Justiça, desta feita, deve ser orientador e conciliador, deve buscar instrumentos fora do processo (e processuais, se for o caso) para aplacar a falta de equilíbrio material nas relações jurídicas e sociais.

E como? Qual a forma mais eficaz do Ministério Público se desincumbir com eficácia de suas funções de cunho social? Sem dúvidas, para o fim de dar maior mobilidade e capilaridade as suas ações a Instituição deve ir à comunidade, deve ir ao povo. Convém que o Promotor de Justiça saia de seu gabinete. É nas ruas que o Promotor de Justiça irá haurir os problemas sociais, ouvindo e agindo para que possa cumprir suas tarefas, na luta pelos direitos sociais e coletivos dos reais interessados em sua eficaz e combativa atuação, ou seja, o povo.

3. O Ministério Público em busca da legitimação social

Os membros do Ministério Público, como é cediço, não são, na forma da Constituição, alvos de escolha direta pelo povo, contudo, tal nota da Instituição não é óbice para a consecução de sua legitimação social, mesmo porque o perfil institucional inaugurado após a Carta Constitucional ainda está em processo de construção, não se podendo olvidar que o prestígio social somente deverá advir da eficaz e efetiva atuação na defesa do Regime Democrático, da Ordem Jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis¹⁰.

Não há dúvidas de que o legislador constituinte institucionalizou no Ministério Público aspectos de especial relevância para o desenvolvimento da sociedade, o dotou de importantes funções essenciais ao Estado Democrático de Direito, o transformou no Órgão que detém, por excelência, o encargo de defender a sociedade como um todo.

Mas, como já se disse, a verdadeira legitimação social há de ser produto da eficiência e competência no desempenho das atividades confiadas à Instituição.

No contexto da Emenda Constitucional 19/1998 surge normatizado o princípio da eficiência, gerando prática salutar, no âmbito do Poder Público, que planejamento estratégico se tornasse palavra de ordem, alcançando, também, por óbvio, o Ministério Público.

Nesse particular, importa ao Ministério Público estreitar o diálogo direto com a sociedade a que serve, permitindo que se estabeleça em seu programa estratégico ações e metas originadas de propostas e reclamos desta mesma sociedade.

Urge, portanto, um melhor conhecimento dos problemas sociais, já se faz tarde uma melhor articulação entre os atores deste roteiro da vida política e social do nosso País. Não é segredo: nem a sociedade conhece o Ministério Público, nem o Ministério Público conhece, adequadamente, a sociedade a que serve.

Tal dissonância põe em xeque tanto a eficiência da atuação funcional do Ministério Público quanto a sua legitimação social e, no dizer de João Gaspar Rodrigues¹¹, “a performance funcional do MP presta-se como um meio de ampliar a confiança na instituição e, principalmente, sua legitimação perante a sociedade. Performance funcional com resultados e legitimidade social são faces da mesma moeda e constituem um círculo virtuoso: quanto

mais eficiência funcional maior a legitimidade, e quanto mais legitimidade maior o estímulo para aprimorar a função”.

Aproximar-se do cidadão, atendê-lo, ouvi-lo, percebê-lo, realizar e se realizar nele, sem qualquer dúvida, função primeira do Ministério Público, de onde todas as outras eclodem, jorram, surgem, provem, sua FUNÇÃO-MÃE por natureza, trará a perseguida legitimação social e, à reboque, a eficiência, exigência constitucional.

O atendimento ao público pelo Promotor de Justiça é o contato revigorante, vital, essencial com a mãe-terra, com a função originária do Ministério Público.

Porém, é preciso saber, é forçoso constatar que nem todos os integrantes da classe ministerial se familiarizam com o atendimento direto ao cidadão, não raro o fazem, quando fazem, por estrita obrigação funcional e, por isso, sem o desvelo necessário, sem buscar o máximo edificante do contato, sem ser resolutivo, nem tampouco demandista, mas, infelizmente, apenas com desdém.

E é preciso compreender que a mudança desta forma refratária de agir encontrada, ainda, em alguns Promotores de Justiça não se transformará do dia para noite, não se dará “por meio de decreto” ou com alterações no ordenamento jurídico, mas com uma mudança cultural no seio da Instituição e com o diálogo franco entre os membros do Ministério Público, com elaboração de estudos e técnicas que façam com que haja a compreensão sistemática de que o atendimento ao público é primordial para a obtenção da sua eficiência e legitimação, em suma, para o fortalecimento institucional.

E o ideal é que o Promotor de Justiça não se quede inerte a esperar que as demandas lhe batam as portas do gabinete, mas que ele seja dinâmico, que seja resolutivo, que se antecipe a estas demandas, que vá até onde os problemas sociais são causas das aflições da sociedade.

4. O Ministério Público Resolutivo

A nota da inércia é própria da Magistratura, o Ministério Público, no entanto, foi forjado para o dinamismo, para o bom embate, para o denodo no atuar de suas funções constitucionais e infraconstitucionais, com consciência de que as funções que lhe foram atribuídas não refletem todas as possibilidades de sua atuação.

As funções Ministeriais são fundamentadoras e conformadoras do Estado Democrático de Direito, contudo, não se limitam ao manuseio de instrumentos técnico-jurídico viabilizadores do acesso ao Poder Judiciário¹². A defesa dos interesses e direitos difusos, coletivos e individuais indisponíveis dever-se-á dar, notadamente, através de ações desenvolvidas pelos Promotores de Justiça diretamente junto à população afetada.¹³

Fazer uso, portanto, dos instrumentos judiciais e/ou extrajudiciais para se desincumbir de seu múnus público possibilita distinguir tipos ideais de Promotor de Justiça.

Em sua pesquisa, Cátia Aida Silva¹⁴, identifica os Promotores de fatos e os Promotores de Gabinete:

“O Ministério Público se debate entre dois tipos ideais de promotor: promotor de gabinete e promotor de fatos. O primeiro tipo pode ser definido como aquele que, embora utilize procedimentos extrajudiciais no exercício de suas funções, dá tanta ou mais relevância à proposição de medidas judiciais e ao exame e parecer dos

processos judiciais dos quais está encarregado. Detalhe: o promotor de gabinete não usa os procedimentos extrajudiciais como meios de negociação, articulação e mobilização de organismos governamentais e não governamentais. O segundo tipo, o promotor de fatos, conquanto proponha medidas judiciais e realize atividades burocráticas ligadas à sua área, dá tanta ou mais importância ao uso de procedimentos extrajudiciais, mobilizando recursos da comunidade, acionando organismos governamentais e não governamentais e agindo como articulador político”.

O Ministério Público resolutivo, portando, pode ser conceituado como aquele que atua na solução de conflitos sociais, no âmbito da própria Instituição e em parceria com a sociedade, sem a necessidade de recorrer ao Poder Judiciário, já tão saturado.

Gregório Assagra de Almeida¹⁵, citando Marcelo Pedroso Goulart, traça os perfis ora estudados, clarificando o modelo que o Ministério Público moderno deve assumir:

“Dentro do novo perfil constitucional do Ministério Público, Marcelo Pedroso Goulart sustenta que existem dois modelos de Ministério Público: o demandista e o resolutivo. O Ministério Público demandista, que ainda prevalece, é o que atua perante o Poder Judiciário como agente processual, transferindo a esse órgão a resolução de problemas sociais, o que de certa forma, afirma o autor, é desastroso, já que o Judiciário ainda responde muito mal às demandas que envolvam os direitos massificados¹⁶. O Ministério Público resolutivo é o que atua no plano extrajudicial, como um grande intermediador e pacificador da conflituosidade social.

Marcelo Goulart ainda ressalta que é imprescindível que se efetive o Ministério Público resolutivo, levando-se às últimas conseqüências o princípio da autonomia funcional com a atuação efetiva na tutela dos interesses ou direitos massificados. Para tanto, é imprescindível que o órgão de execução do Ministério Público tenha consciência dos instrumentos de atuação que estão à sua disposição, tais como o inquérito civil, o termo de ajustamento de conduta, as recomendações, audiências públicas, de sorte a fazer o seu uso efetivo e legítimo.

Portanto, nesse contexto, a atuação extrajudicial da Instituição é fundamental para a proteção e efetivação dos direitos ou interesses sociais.

E conclui o festejado autor:

“O Ministério Público resolutivo, portanto, é um canal fundamental para o acesso da sociedade, especialmente das suas partes mais carentes e dispersas, a uma ordem jurídica realmente mais legítima e justa. Os membros da Instituição devem encarar suas atribuições como verdadeiros trabalhadores sociais, cuja missão principal é o resgate da cidadania e a efetivação dos valores democráticos fundamentais”.

Destarte, os mecanismos extrajudiciais de solução de conflituosidade social se nos afigura mais consentâneo com o desenho constitucional do atual Ministério Público, sendo fácil perceber que dos instrumentos de atuação não demandista, não judicial, o atendimento ao público é o mais eficiente para que o Promotor de Justiça possa ser o agente transformador da realidade social a que se vê inserido.

Recebendo ou buscando, em atitude resolutive, pró-ativa, a aproximação com o povo, o Ministério Público, notadamente, pelo órgão de execução, terá todas as condições de cumprir

com eficiência as suas funções, isto em qualquer área de atuação: cível, criminal, coletiva etc.

Veja-se, por importante, que essa forma de atuar possibilita também ao Ministério Público não só resolver os problemas, mas, principalmente, se antecipar a eles, sendo certo que a simbiose entre o Promotor de Justiça e a sociedade facilitará a tomada de soluções preventivas para as demandas comunitárias, evitando-se sempre a busca pelo Judiciário, que deve se tornar espaço excepcional de sua atuação.

Vale dizer ainda que o modelo de Ministério Público resolutivo pautado no atendimento à população não colide com a decantada racionalização da atuação institucional, notadamente, no cível. Ora, é possível sim, mesmo com o atendimento ao público diretamente pelo Promotor de Justiça, visto que lhe é exigência funcional, filtrar ou estabelecer prioridades no agir Ministerial.

A intervenção qualitativa do Ministério Público também deve ser alvo do atendimento ao público, todavia, com uma oportunidade sensível para as personagens deste roteiro, posto que mesmo que o Promotor de Justiça, ao ouvir o reclamo popular, verifique que a demanda é eminentemente individual e de nenhuma ou ínfima repercussão social, o simples contato Promotor/Cidadão já é mutuamente engrandecedor, saindo do encontro mais engrandecido o próprio membro da Instituição, já que alcançou o rejuvenescimento vital, o exercício da FUNÇÃO-MÃE, o revigoramento para os novos embates.

Entender, assim, que o contato aproximado com a sociedade poderá sobrecarregar o Ministério Público mais do que já se encontra, onde o atendimento ao público trará mais demandas que estão às margens da verdadeira atuação institucional, é não compreender as inúmeras possibilidades que poderão surgir para que se possa resgatar a cidadania daqueles que mais necessitam ver resguardados seus direitos primários.

Marcelo Pedroso Goulart¹⁷ se pronuncia:

“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’”.

Repise-se, então, o atendimento ao público pelo Promotor de Justiça é mais do que uma obrigação e uma necessidade, é uma verdadeira exigência do Ministério Público resolutivo, moderno, antenado aos novos reclamos da sociedade, que busca na troca, na simbiose com o povo a sua real razão de existir, que nesse ciclo virtuoso recebe e dá a esta mesma sociedade força vital para superar as suas respectivas dificuldades.

5. O Ministério Público e o Atendimento ao Povo

Não resta contestação de que o atendimento ao público pelo Promotor de Justiça, notadamente nas promotorias do interior dos Estados, se constitui em uma das funções mais expressivas. É por intermédio do atendimento direto ao povo que o Ministério Público se faz conhecer e busca conhecer aqueles a quem serve.

Não paira dúvidas também que esta atuação é obrigatória, é dever funcional¹⁸ e é através

do atendimento direto ao povo que o Promotor de Justiça, por meio de conselhos, sugestões, orientações e conciliações mais do que ensejar o mero acesso ao Poder Judiciário, rende ensanchas ao real acesso à Justiça.

Além de constituir dever funcional, a função de atendimento ao público representa para o Promotor de Justiça a concretização de sua própria designação funcional e na visão de Camargo Penteado "... é encontrar na dignidade do trabalho o caminho seguro para o progressivo aperfeiçoamento do profissional que, na plena doação à comunidade, conquista a sua realização integral como pessoa."¹⁹

As questões que mais afligem a população e que, costumeiramente, são trazidas aos Promotores de Justiça em seu atendimento são aquelas relacionadas ao direito de família (prestação alimentícia, guarda de filhos, investigação de paternidade, interdição, destituição de pátrio poder etc.); à criança e adolescente (adoção, tutela, guarda, abandono, abuso sexual etc.); informações gerais a respeito de andamento processual; *notitia criminis*, além de agressões ao meio ambiente, ao direito do consumidor, ao direito dos idosos, ao transporte coletivo, coleta de lixo, enfim, diversos outros assuntos relacionados aos direitos sociais e outros direitos fundamentais.

Trata-se, dessa forma, a função institucional do atendimento ao público como FUNÇÃO-MÃE porque, diante da gama de atribuições do Ministério Público é através do contato direto com o povo que se pode amalgamar às súplicas da sociedade com a exigência da eficiência do atuar Ministerial.

É por meio do atendimento ao público que o Promotor de Justiça poderá exercer a razão de sua existência que é a de promover justiça, tanto judicialmente, como, extrajudicialmente, preferencialmente, é através do contato com o povo que terá condições de atuar na seara cível, criminal, coletiva etc. Por isso é o atendimento ao público a função primeva, originária, que acompanha o Ministério Público através do seu desenvolvimento enquanto Instituição talhada para a salvaguarda dos interesses mais caros à sociedade.

Por intermédio do atendimento ao povo se é possível conformar, plasmar o papel do Ministério Público resolutivo, na defesa dos interesses sociais, que deve ser exercido de forma efetiva em todas as suas esferas de atuação.

Na área criminal, por exemplo, é imprescindível a inserção do Promotor de Justiça no seio social, para que venha a se inteirar das verdadeiras causas da criminalidade e exija políticas públicas específicas do Poder Público, além de atuar diretamente nas investigações das condutas criminosas que mais abalam a sociedade, de forma a combater com rigor e eficiência o crime organizado e permitir que o Direito Penal tenha eficácia social.

Na área coletiva, o Ministério Público, com o contato com a sociedade, poderá conferir prioridade a atuação preventiva para evitar a violação dos direitos sociais, além de combater de modo articulado e eficiente as condutas danosas aos direitos massificados.

Na sua atuação extrajurisdicional, o atendimento ao público, é capaz de transformar o Promotor de Justiça no grande intermediador e pacificador da conflituosidade social, o Ministério Público assumirá função social pedagógica, se fazendo conhecer, demonstrando ao povo para que serve e a quem serve, ensinando a coletividade o exercício da cidadania.

E nessa relação de troca mútua entre sociedade e Ministério Público existem instrumentos eficientes para que se realize, mesmo que extrajudicialmente, o acesso ao cidadão não ao Judiciário, mas à Justiça, podendo se utilizar a Instituição das recomendações, das audiências públicas e também do termo de ajustamento de conduta, entre outros, tudo num grande

esforço de promoção da pacificação social não somente por meio de implementação de ações visando solucionar as angustias, mas, principalmente, realizando condutas preventivas a tais aflições sociais.

E o Ministério Público já vem acordando para a exigência social aqui exposta neste trabalho, já que em alguns dos ministérios públicos brasileiros, a gestão operacional já estabelece como meta estratégica o apoio as demandas populares, incentivando e fomentando nos Promotores de Justiça a necessidade de saírem de seus gabinetes para procurar o direito nas ruas, junto à parcela menos favorecida de cidadãos e até mesmo e, principalmente, junto aqueles que nem sequer alcançaram ainda a cidadania plena.

Em alguns Estados, como Ceará, com o projeto “Ministério Público na Comunidade”; Pará, com o seu “Ministério Público e a Comunidade”; Pernambuco, com o “Ministério Público nas Ruas”; Paraná, através das Promotorias da Comunidade; e, entre outros, Bahia, com “O Ministério Público vai às Ruas”, existem modelos de atendimento ao público pelo Ministério Público que tem sido exitosos.

No Paraná, por exemplo, pioneiro nesta empreitada, existem Promotorias de Justiça especializadas no atendimento à população: as Promotorias das Comunidades. Chama atenção o modelo paranaense porque há muito Mazzilli já advoga a ideia da imprescindibilidade da criação de cargos para Promotores de Justiça especializados no atendimento ao povo, inclusive, chega a traçar verdadeiro roteiro prático e esclarecedor para o correto e eficaz atendimento²⁰.

Na Bahia, mais precisamente, em Salvador, o Ministério Público baiano desenvolve o atendimento às pessoas diretamente nos bairros através do “MP vai às Ruas”, utilizando-se de um ônibus adaptado para favorecer a execução da referida função institucional em qualquer lugar.

Em Pernambuco, teve-se a felicidade de ver o projeto “MP nas Ruas”, inicialmente concebido e levado à efeito pelos Promotores de Justiça de Petrolina-PE., tornar-se projeto institucional, onde o Procurador-Geral de Justiça tem fomentando em todas as circunscrições ministeriais a boa prática da aproximação com a sociedade.

Como se vê, uma sistematização do atendimento ao público, “profissionalizado”, adequado as especificidades de cada Ministério Público, permite não só a eficiente organização administrativa interna dos recursos materiais e humanos disponíveis, criando ambiente para cumprimento da identidade constitucional, como também aproxima o Ministério Público da comunidade, o que poderá ser feito a partir de criterioso diagnóstico da realidade local e pela criação de espaços democráticos relevantes que fortalecerão a legitimidade da atuação ministerial perante o destinatário de sua atividade: a sociedade.

O contato do Ministério Público com a sociedade, então, lhe dará forças, lhe renovará as esperanças, lhe tornará imbatível às forças hercúleas que tentam reduzir sua importância como instituição vocacionada para os interesses da sociedade.

O fortalecimento institucional pela aproximação com a maior, com a mais importante das atribuições, função geratriz de todas as outras, que dela decorrem, a que ora denomina-se FUNÇÃO-MÃE, talvez a mais simples de ser exercida, a que prescinde de maiores recursos, tão escassos ao “Parquet”, poderá conferir sim um caráter de unidade nacional ao Ministério Público.

O fomento ao atendimento ao público de forma correta, com sensibilidade, com profissionalismo, com honestidade intelectual, com o mínimo de estrutura que possibilite o

conforto de quem acorrer ao Promotor de Justiça, será o canal seguro para que o Ministério Público alcance a eficiência no seu importante atuar.

Uni-vos, pois, neste desiderato!

6. Síntese Conclusiva

Buscou-se no presente trabalho constatar que o atendimento ao público, dentre as importantes funções do Ministério Público, é a que lhe dá identidade, é a que realiza a sua aproximação com a sociedade, proporcionando-lhe força vital revigorante, capaz de lhe conferir legitimação social e eficiência no desincumbir de seu múnus constitucional e infraconstitucional.

Em arremate, portanto, se sustenta as seguintes proposições:

1. O Ministério Público brasileiro é instituição vocacionada à defesa do povo e para garantia da manutenção de suas funções constitucionais e como forma de promover o seu próprio fortalecimento e unidade nacional, necessita eleger o atendimento ao público com prioridade em suas ações estratégicas.
2. A forma mais indicada para a promoção dessa aproximação é a criação da cultura de que o atendimento ao povo, além de ser dever funcional, deve ser realizado de forma institucional, organizada e eficaz.
3. Somente através do atendimento ao público é que o Ministério Público poderá estruturar o modelo ideal de Ministério Público resolutivo, tornando-se campo fértil para a amplitude da atuação Ministerial de resolução extrajudicial da conflituosidade social.
4. A maneira adequada e eficaz de realizar o atendimento ao povo, resolvendo as suas demandas, é através da criação e estruturação, em todos os Ministérios Públicos dos Estados e do Distrito Federal, das Promotorias de Justiça Comunitárias, com Promotores de Justiça especializados no trato com os diversos setores da sociedade, notadamente, buscando ouvir as pessoas, identificar os seus problemas e, finalmente, dar o encaminhamento adequado para resolvê-los, preferencialmente, sem a necessidade de se recorrer ao Poder Judiciário, privilegiando, assim, a solução extrajudicial dos conflitos, deixando a judicialização das contendas como *ultima ratio*.
5. A “Carta de Florianópolis”²¹ já afirma a necessidade de implantação das Promotorias de Justiça Comunitárias fundadas na premissa de uma maior aproximação com a comunidade, para fins de prevenção dos conflitos sociais, sejam de natureza civil ou criminal.

7. Referências bibliográficas

- ALMEIDA, Gregório Assagra de. O Ministério Público no Neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social, in <http://www.unifafibe.com.br/revistasonline/arquivos/revistajuridicafafibe/sumario/5/140420101>
- ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Ministério Público em Ação*. Editora JusPodium. 3ª Edição.
- BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade: Para uma teoria da política*. 11. Ed. Paz e Terra. 2004.

- BURDEAU, Georges. *O Estado*. São Paulo, Editora Martins Fontes. 2005.
- CAMARGO PENTEADO, J. de. *A ética do promotor de justiça*. In: *Funções institucionais do Ministério Público*. ALVES, A.B. ET. Alii. (Orgs). São Paulo: Saraiva, 2001.
- CAMPOS, Eduardo. *Complexo de Anteu Ensaio*. Fortaleza 1978, in
<http://www.eduardocampos.jor.br/_livros/e17.pdf>. Acesso em 30 jul. 2011.
- CASSOU, Anne Caroline. *Ministério Público: Evolução e Função Social Junto à Promotoria das Comunidades*.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. ALVES, Leonardo Barreto Moreira. ROSENVALD, Nelson. Organizadores. *Temas Atuais do Ministério Público*. Editora JusPodium. 4ª Edição.
- FERREIRA FILHO, M. G. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- GOULART, Marcelo Pedrosa. *Ministério público e democracia — teoria e práxis*, p. 96
- GUIMARÃES, Márcio Souza. *Ministério Público, Ombudsman e Ouvidor na Fiscalização dos Serviços Públicos*. FEMPERJ
- LIMA, Marcellus Polastri. *Ministério Público e Persecução Criminal*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1997.
- LIRA, Júlio César Soares. *O Ministério Público “Ombudsman”: O Promotor de Justiça nas Ruas*. Tese apresentada no XVIII Congresso Nacional do Ministério Público, realizado entre os dias 25 e 28 de Novembro de 2009, na cidade de Florianópolis-SC.
- MARTINS, Ives Gandra (Coordenador). *O Estado do Futuro*. São Paulo. Editora Pioneira. 1998.
- MAZZILLI, H.N. *Manual do Promotor de Justiça*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- MAZZILLI, H.N. *O Ministério Público na constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- MAZZILLI, H.N. *O Promotor de Justiça e o atendimento ao público*. 1985. São Paulo: Saraiva.
- MAZZILLI, H.N. *Regime jurídico do ministério público*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- MORAES, A. de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- NETO, Cândido Furtado Maia. *O Promotor de Justiça e os Direitos Humanos*. Curitiba. Juruá Editora. 2000.
- NILO, Feliciano da Silva; CORREIA, Geraldo Margela; OLIVEIRA, Frederico José dos Santos de. *Temas Jurídicos: O Ministério Público e sua Evolução Histórica; Processo Penal e Eficácia Constitucional; Os Interesses Transindividuais e a Ordem Jurídica Brasileira*. Caderno de Estudos 2. Grupos de Estudos Regionais do Ministério Público do Estado de Pernambuco – 6ª Circunscrição – Caruaru. 1995.
- PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Breves Considerações sobre o Ministério Público no Estado Democrático de Direito*.
- PORTO, S. G. *Sobre o Ministério Público no processo não criminal*. Rio de Janeiro: Aide, 1998.
- REIS, Nelson Santiago. *O Ministério Público e a Cidadania*. Cadernos do Instituto do Ministério Público de Pernambuco nº 3. Recife, 1994.
- ROCHA, J.E.D.de Moura. *O Ministério Público no Estado Democrático de Direito*. Escola

Superior do Ministério Público. Recife. 1996.

RODRIGUES, João Gaspar. Ministério Público de resultados. A atual missão institucional. Jus Navigandi, Teresinha, ano 15, n. 2585, 30 jul. 2010. Disponível em: <[HTTP://jus.uol.com.br/revista/texto/17076](http://jus.uol.com.br/revista/texto/17076)>. Acesso em: 18 jul. 2011.

SILVA, Cátia Aida. “Promotores de Justiça e novas formas de atuação em defesa de interesses sociais e coletivos”. Revista Brasileira de Ciências Sociais, Vol. 16, n. 45.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 11. Edição, Malheiros, 1996.

VITORELLI, Edilson. Organizador. *Temas Aprofundados do Ministério Público Federal*. Editora JusPodium.

1 CAMPOS, Eduardo. Complexo de Anteu Ensaio. Fortaleza 1978, in <http://www.eduardocampos.jor.br/_livros/e17.pdf>. Acesso em 30 jul. 2011.

2 RODRIGUES, João Gaspar. Ministério Público de resultados. A atual missão institucional. Jus Navigandi, Teresinha, ano 15, n. 2585, 30 jul. 2010. Disponível em: <[HTTP://jus.uol.com.br/revista/texto/17076](http://jus.uol.com.br/revista/texto/17076)>. Acesso em: 18 jul. 2011.

3 Cf. Hugo Nigro Mazzilli, Manual do Promotor de Justiça, 2ª edição, 1991.

4 MORAES, A. de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p.53.

5 FERREIRA FILHO, M. G. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 87.

6 MAZZILLI, H.N. *O Ministério Público na constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 101.

7 MAZZILLI, H.N. *O Promotor de Justiça e o atendimento ao público*. 1985. São Paulo: Saraiva. p. 72-3.

8 CAMINHA, M.A.L. em: <http://www.jusnavigandi.com.br>. Acesso em 01 de Julho de 2009

9 MAZZILLI, H.N. *Regime jurídico do ministério público*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 378.

10 art. 127, caput, da CF/88

11 Op. cit.

12 LIRA, Júlio César Soares. O Ministério Público “Ombudsman”: O Promotor de Justiça nas Ruas. Tese apresentada no XVIII Congresso Nacional do Ministério Público, realizado entre os dias 25 e 28 de Novembro de 2009, na cidade de Florianópolis-SC.

13 Idem

14 SILVA, Cátia Aida. “Promotores de Justiça e novas formas de atuação em defesa de interesses sociais e coletivos”. Revista Brasileira de Ciências Sociais, Vol. 16, n. 45.

15 ALMEIDA, Gregório Assagra de. O Ministério Público no Neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social, in

<http://www.unifafibe.com.br/revistasonline/arquivos/revistajuridicafafibe/sumario/5/14042010170607.pdf>

16 Op. cit. nota anterior, p. 119-123.

17 GOULART, Marcelo Pedroso. Ministério público e democracia — teoria e práxis, p. 96

18 Constituição Federal, art. 129, inciso II; Lei 8.625/93, art. 27, parágrafo único, incisos I e IV e Lei Complementar Estadual nº 12/94, art. 5º, parágrafo único, incisos I e IV.

19 CAMARGO PENTEADO, J. de. *A ética do promotor de justiça*. In: *Funções institucionais do Ministério Público*. ALVES, A.B. ET. Alii. (Orgs). São Paulo: Saraiva, 2001. p. 30.

20 MAZZILLI, H.N. *Manual do Promotor de Justiça*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 233-302.

21 XVIII Congresso Nacional do Ministério Público, realizado entre os dias 25 e 28 de Novembro de 2009, na cidade de Florianópolis-SC.

* Tese a ser apresentada no XX Congresso Nacional do Ministério Público, a realizar-se entre os dias 30 de Outubro e 02 de Novembro de 2013 na cidade de Natal-RN.

O MINISTÉRIO PÚBLICO E A EVASÃO ESCOLAR¹:

Uma visão diferenciada: articulando e fomentando a REDE

Julio Ribeiro de Campos Neto²

1. Introdução

Por meio do presente escrito não almejo, aliás nem é este o objetivo, apresentar uma fórmula mágica ou sensacional para o enfrentamento da complexa questão afeta a evasão escolar, que decorre de situações sociais, econômicas e culturais diversas e por isso demanda a adoção de posturas das mais variadas.

Pretendo apresentar aqui, apenas, uma forma diferenciada de ver, de analisar e de agir em face deste gravíssimo problema que afeta um número incontável de crianças e adolescentes em nosso país, e pior, tolhe oportunidades e muda o seguimento de muitas vidas. Certamente país afora existem experiências diversas e quiçá(para não dizer provavelmente) muito mais eficazes do que aquelas que adiante serão especificadas.

Apesar do grande desafio³ o resultado desta ação diferenciada é animador, sem descurarmos ainda o fato de que o crescimento do país, seja ele social ou econômico, parte necessariamente do oferecimento de um sistema de ensino com qualidade e eficiente⁴.

Proponho aqui uma ação diferenciada do “parquet” com enfoque predominantemente preventivo e conscientizador ao invés daquele viés usualmente aplicado e ligado à pura e simples responsabilização civil-administrativa⁵ e criminal⁶ dos responsáveis pelo aluno evadido do sistema de ensino, mas que em termos práticos poucos resultados apresentam.

Esta atuação permeada pelo constante envolvimento com os demais atores ligados ao tema (v.g. reuniões, palestras, encontros ou entrevistas) vem desprovida de qualquer anseio de ocupar o espaço reservado para cada um destes integrantes da rede de atendimento, são eles: professores, pedagogos, diretores de escolas, alunos, Promotoria da Infância; Juizado da Infância; Núcleo Regional de Educação; Conselho Tutelar; Conselhos dos direitos da criança e do adolescente; prefeitos municipais; secretarias municipais de educação; secretarias municipais de saúde; secretarias municipais de ação social; patrulha escolar; SESI-SENAI; imprensa escrita, radiofônica e televisiva; e, voluntários; busca-se com isso o engajamento de boa parcela da sociedade local, nos precisos termos do que está previsto na parte inicial do artigo 227 da CF/88, que, por sinal, também detém sua parcela de responsabilidade para com o enfrentamento desta questão.

Busca-se por meio da ação proposta a unificação de ações envolvendo os mais variados setores e pessoas, promovendo-se ainda uma análise transdisciplinar, respeitando-se aqui os limites do conhecimento técnico de cada um de seus integrantes.

Esta foi a forma encontrada para solução mais efetiva para o problema enfrentado, reconhecendo-se, primariamente, que na maioria esmagadora dos casos a análise jurídica é a

menos relevante⁷, devendo, por conseguinte, ceder espaço aos pronunciamentos sociais, psicológicos e pedagógicos.

Para tanto apresento aqui um rápido resumo das etapas postas em prática nesta experiência, são elas: a) conhecimento da realidade, por meio de levantamentos processuais, estatísticos, e, indicadores socioeconômicos e geográficos; b) constatação do problema (neste caso situações de evasão escolar e possíveis causas); c) articulação política e extrajudicial para a formação de uma rede de atendimento; d) subdivisão de tarefas entre os integrantes (termos de cooperação), sempre buscando o seu aprimoramento e ampliação; e) confecção de materiais didáticos e pedagógicos para serem utilizados pela rede de atendimento; f) chamamento da sociedade para discussão e reflexão sobre o tema por meio de ações afirmativas e aqui a mídia ocupa um espaço importantíssimo; g) acompanhamento e monitoramento constante da situação e evolução dos casos pelos órgãos integrantes da rede de atendimento, buscando, sempre, a melhora da qualidade do serviço prestado, o ingresso de novos atores nesta rede, e ainda, a reformulação de fluxos operacionais quando necessário.

2. Um breve relato da experiência aplicada na comarca de União da Vitória-PR

2.1. Conhecimento da realidade local

Para que qualquer ação se torne efetiva é necessária uma avaliação prévia da realidade enfrentada pela população local, além por óbvio de exigir que o agente ministerial saia de seu gabinete e conheça as pessoas envolvidas.

Sobre o contexto sócio-econômico e geográfico da comarca, ela dispõe um número grande de municípios agregados (*1-União da Vitória, 2-Bituruna, 3-Porto Vitória, 4-Paula Freitas, 5-General Carneiro e 6-Cruz Machado*); possui uma vasta extensão territorial; ostenta índices de IDH-M, de taxa de pobreza e de número de empregos inferiores à média estadual, com exceção do município sede.

Em relatório do IPARDES (2004)⁸ quando se abordou a região de União da Vitória consignou-se: *“... os municípios da Região de União da Vitória têm sua história de ocupação remontada ao século XVII e sua organização do espaço vincula-se a atividades econômicas tradicionais, de cunhos extensivo e extrativo, e parte importante do seu povoamento inicial decorreu de incursões militares, de tráfego de tropeiros e de estratégias governamentais de dinamização da navegação no vale médio do Iguaçu, direcionando para a região a instalação de colônias de imigrantes estrangeiros (principalmente poloneses, ucranianos, alemães e russos). Estas, assentadas em pequenas propriedades, dedicaram-se desde logo à extração da erva-mate e à agricultura alimentar, enfrentando dificuldades impostas pela presença de áreas montanhosas e de solos de baixa fertilidade; - dadas as características estruturais da base produtiva regional, essencialmente agrícola, de cunho tradicional, com o predomínio de pequenas propriedades voltadas à produção alimentar de baixo dinamismo, a inserção do Sudeste no processo de modernização da agropecuária paranaense dos anos 70 foi mais lenta; - Compõe o grupo das mesorregiões do Estado com a menor contribuição para a renda do Estado; - a renda per capita de todos os municípios fica abaixo da média do Paraná, com*

exceção do município pólo. - da mesma forma, a taxa de pobreza em todos os municípios, também à exceção de União da Vitória, fica acima da média do Estado, notando-se que, em 1/3 dos municípios, essa taxa encontra-se em níveis superiores a 40% – mais do dobro da média estadual”.

Em levantamento estatístico publicado no Jornal Gazeta do Povo⁹ afirmou-se que a região centro-sul do Estado do Paraná é aquela que apresenta o maior percentual de taxa de pobreza (35%) em face de todas as demais regiões do estado. Neste levantamento o município de Cruz Machado (que possui o maior número de habitantes quando excluído o município sede de União da Vitória-PR) está entre os 15 (quinze) municípios de todo o Estado do Paraná com a maior população sem renda e com a maior população de miseráveis.

Isto implica dizer que os indicadores sociais e econômicos são desfavoráveis quando confrontados com a realidade estadual, e, bem por isso, a concessão de uma atuação extrajudicial merece especial atenção e dedicação por parte do representante do Ministério Público.

Lembro aqui que consta no plano de gestão estratégica do Ministério Público do Paraná – Gempar 2018, o seguinte objetivo estratégico na área da infância e juventude: busca pelo asseguramento da proteção integral da criança e do adolescente, por meio da qualificação das redes de proteção da criança e do adolescente nos municípios do Paraná. Busca-se o incentivo da criação e o monitoramento da qualidade do funcionamento da rede de proteção à criança e ao adolescente em cada município do Estado, por meio de certificação a ser realizada pelo Ministério Público, por meio da promoção de um ranqueamento dos níveis de certificação obtidos pelos municípios paranaenses quanto à proteção e atendimento dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes, de modo a nortear as medidas judiciais e extrajudiciais a cargo do Ministério Público voltadas ao aperfeiçoamento das redes de proteção.

Também ressalto aqui que a Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Paraná estabelece que é atribuição do Promotor de Justiça: “*fiscalizar a frequência à escola primária de criança e adolescente em idade escolar, atuando nos casos de evasão*” (art. 69, inciso VIII).

2.2. Uma análise sob o viés infracional

Foi promovida uma análise mais detalhada dos processos para apuração de ato infracional em trâmite perante a vara da infância e juventude da comarca de União da Vitória, não apenas pelo viés punitivo, mas, sobretudo, com o objetivo de apurar os motivos principais que levavam os jovens à vida infracional.

Para tanto, calcamo-nos na idéia lançada por Antonio Fernando do Amaral e Silva¹⁰ no sentido de que a prevenção geral, insculpida no Estatuto da Criança e do Adolescente se estabelece em três diferentes níveis: 1) A prevenção PRIMÁRIA – que se exterioriza através de medidas que garantam os direitos fundamentais, vale dizer: saúde, educação, convivência familiar e comunitária, esporte, lazer, profissionalização, etc; 2) a prevenção SECUNDÁRIA – que se materializa nos programas de apoio, auxílio e orientação ao jovem e à sua família, sendo aqui importantíssima a atuação do Conselho Tutelar; e, 3) a prevenção TERCIÁRIA – que se efetiva através das medidas sócio-educativas visando à reeducação do adolescente em conflito com a lei.

Com base neste ensinamento já foi possível aferir que os adolescentes que chegavam à

situação descrita na terceira hipótese - leia-se prática de ato infracional - na maioria esmagadora dos casos se enquadravam em situações em que a prevenção primária e secundária não haviam sido garantidas em sua plenitude.

Neste levantamento apurou-se ainda que as causas mais comuns se referiam à morosidade no andamento do processo e ao abandono dos bancos escolares.

No tocante a morosidade do procedimento para apuração de ato infracional foram tomadas medidas eficientes que reduziram drasticamente o tempo de duração destes feitos, tornando assim, mais efetiva a prestação da tutela jurisdicional e ministerial.

Calha lembrar aqui que o trâmite dos processos para apuração de atos infracionais muitas vezes levavam anos até uma efetiva resposta ou atendimento do adolescente em conflito, isto porque seguia o seguinte cronograma: **1)** a prática do ato infracional era levada ao conhecimento da autoridade policial que então passava a investigá-lo (levava um prazo de um a dois meses); **2)** o fato era levado ao conhecimento do promotor de justiça que pugnava pela intimação do adolescente; **3)** era expedido mandado de intimação do adolescente e seus responsáveis (que em média era cumprido no prazo de 06(seis) meses pelo Oficial de Justiça); **4)** com o comparecimento do adolescente na promotoria era realizada sua oitiva informal; **5)** após esta oitiva, a promotoria, via de regra, encaminhava ao Juizado da Infância uma proposta de remissão, após o adolescente ter deixado o ambiente forense; **6)** o processo então seguia ao magistrado para sua homologação, quando então era determinada a intimação do adolescente para a audiência admonitória destinada a cientificar-lhe acerca das condições exigidas para o cumprimento da medida; **7)** era expedido, então, um novo mandado de intimação (que em média era cumprido no prazo de 06(seis) meses pelo Oficial de Justiça); **8)** comparecia então o adolescente em Juízo, era realizada a audiência admonitória, e, posteriormente, era encaminhado para um local destinado ao cumprimento da medida (contudo naquele momento nem sequer existia uma unidade destinada ao cumprimento de medidas socioeducativas em meio aberto, que foi criada no ano de 2007 após intervenção extrajudicial e política da Promotoria da Infância).

Percebe-se, com isso, que entre a data da prática do ato infracional e a resposta estatal, via de regra, transcorria mais de ano¹¹, com isso, muitos adolescentes durante este período acabavam por se envolver em novos atos infracionais; foi possível aferir que somente depois da prática do décimo ato infracional é que vinha a resposta pela prática do primeiro ato, ou seja, as situações de reincidência eram bastante comuns.

Esta situação caótica(!) justificou a adoção de medidas voltadas à otimização dos serviços até então existentes, assim, o procedimento para apuração de ato infracional passou seguir um outro fluxo: **1)** comunica-se a prática do ato infracional à autoridade policial, que fica encarregada de elaborar um relato sucinto do ocorrido (boletim de ocorrência de ato infracional), e desde logo procede a intimação do adolescente e seus responsáveis para comparecerem na Promotoria da Infância; **2)** com o comparecimento do adolescente na Promotoria da Infância, é realizada a sua oitiva informal, e ainda, efetuada imediata proposta de remissão, que sendo aceita, já é encaminhada diretamente para homologação judicial (no mesmo momento), e, uma vez realizada a audiência destinada à homologação da proposta de remissão o adolescente já é devidamente cientificado (leia-se já é realizada a audiência admonitória) acerca das condições de cumprimento, bem como, recebe um ofício que deverá apresentar na unidade destinada ao cumprimento da medida sócio-educativa.

Ou seja, aquele procedimento inicial que tinha oito etapas foi reduzido para apenas duas, o

comparecimento perante a autoridade policial e o comparecimento perante a Promotoria e o Juizado da Infância e Juventude (no mesmo dia), para logo depois disso, já ser encaminhado para o sistema de cumprimento de medida, quando é o caso. O prazo que anteriormente era de ano(ou anos), caiu para meses senão dias.

A adoção deste novo sistema permitiu que a resposta estatal fosse ofertada dentro um tempo razoável, principalmente, efetivo, impedindo assim que o adolescente desse seguimento à vida infracional¹².

2.3. A Evasão escolar

Conforme já asseverado no item anterior como boa parte dos adolescentes em conflito com a lei estão em situação de evasão escolar foram tomadas medidas voltadas a análise dos casos de evasão escolar, formas possíveis de prevenção e de seu combate.

Foram acionados todos os Prefeitos, Secretários Municipais de Educação e Conselheiros Tutelares dos Municípios que integram a comarca para a assinatura de um termo de cooperação técnica destinado ao combate da evasão escolar, com a instituição da ficha FICA – Ficha de Comunicação de Aluno Ausente.

Apesar da confecção deste termo, foi possível aferir ao longo do tempo, que esta medida não era suficiente para o trato da questão, isto porque as escolas se limitavam a preencher as fichas de evasão¹³ e repassá-la ao conselho tutelar, que por sua, sem adotar outras providências (via de regra) providenciava a sua remessa à Promotoria da Infância para responsabilização¹⁴ dos responsáveis.

Passou então a ser cobrada uma postura mais ativa destes agentes pela Promotoria de Justiça, que chegou a elaborar um modelo de termo de audiência extrajudicial para utilização exclusiva pelo conselho tutelar destinado a orientação e advertência dos pais e adolescentes evadidos.

Preocupada com a questão atinente à evasão escolar a equipe do Núcleo Regional de Educação procurou a Promotoria e o Juizado da Infância com o objetivo de buscar novas formas para o enfretamento da questão em virtude da ausência de resultados importantes.

Surgiu então a idéia de serem promovidas reuniões com os pais e alunos evadidos, destinada à conscientização destes acerca da importância da educação no processo de formação do ser humano, ou seja, conferiu-se um enfoque preventivo ao invés daquele eminentemente repressivo.

Para a realização destas audiências o Núcleo Regional de Educação e as escolas estaduais da região ficaram encarregados de efetuar o levantamento dos alunos evadidos, o conselho tutelar de intimar os pais para comparecimento, e, os municípios que integram a comarca (leia-se: União da Vitória, Paula Freitas, Porto Vitória, Bituruna, Cruz Machado e General Carneiro) de providenciarem o transporte destes pais e filhos até as dependências do Fórum ou do local escolhido para a sua realização.

Estas reuniões contaram com a participação Juiz da Infância, do Promotor da Infância, de professores e pedagogos do Núcleo Regional de Educação, de acadêmicos do curso de Direito, de Conselheiros Tutelares, e, da equipe do Serviço Auxiliar da Infância e Juventude.

Após a realização destes encontros foi verificado um retorno imediato dos alunos aos bancos escolares na média de 44%. E ainda, no caso de Cruz Machado foi constatada uma queda significativa no número de alunos evadidos do sistema escolar em relação ao ano

anterior de 369%, e ainda, que houve a necessidade de serem abertas novas salas de aula para acolhimento dos alunos evadidos.

Como estes eventos contaram com a cobertura maciça da imprensa local, foi possível perceber o interesse por parte desta na divulgação dos atos e eventos relacionados à criança e ao adolescente, e, partir daí, tornou-se uma grande parceira na consecução dos trabalhos.

Ainda com o objetivo de trazer o tema para discussão com a sociedade local, e aproveitando que a região conta com uma rede de televisão educativa (tv milenium), a Promotoria de Justiça após algumas reuniões com a equipe deste meio de comunicação, encontrou um importantíssimo apoio e parceiro (até os dias de hoje) para que fosse realizada uma matéria jornalística destinada à reflexão do tema “evasão escolar”.

Após um semestre de trabalho esta entidade (tv milenium) foi a fundo no assunto, e ao final, apresentou não apenas uma reportagem jornalística, mas sim, um filme documentário intitulado “Evasão Escolar”.

De posse deste material, no dia 10 de agosto de 2010, foi realizado um evento no Cine Teatro Luz, destinado à primeira exibição deste documentário, que contou com a participação de inúmeras autoridades locais, como por exemplo: Prefeitos, Secretários Municipais de Educação, Equipe do Núcleo Regional de Educação, Conselheiros Tutelares, Juiz da Infância, equipe da Promotoria da Infância, Diretores de escola, professores, além do público em geral pois era aberto para toda a população.

É importante lembrar aqui que os gastos com a confecção deste documentário ficaram por conta exclusiva da empresa de televisão educativa, que também ficou encarregada de transmiti-lo com certa frequência, fato que gerou um impacto positivo no meio local.

Além da transmissão pela empresa de televisão, foram distribuídas cópias (gratuitas) deste documentário para todas as escolas da rede pública de ensino e para todos os conselhos tutelares a fim de que pudessem utilizar este material para o seu trabalho diário destinado a propiciar uma maior reflexão sobre o tema.

Foi a forma encontrada pelos agentes envolvidos para promover a constante discussão e reflexão social acerca do assunto.

Por sua vez, como nem sempre **é possível** a presença do Promotor de Justiça ou do Juiz da Infância em todas as escolas, que são muitas, foi confeccionado (de forma amadora) um vídeo em que é encaminhada uma mensagem aos pais e aos alunos evadidos da rede regular de ensino, e, sua cópia foi disponibilizada ao Núcleo Regional de Educação (que ficou encarregado de repassar para todas as escolas estaduais locais) e aos conselhos tutelares.

Aproveitando o lançamento da campanha “*Criança e adolescente na escola: esta lição é para todos*” pela Procuradoria-Geral de Justiça do Paraná e Secretaria de Estado da Educação no ano de 2011, foi promovido juntamente com o Núcleo Regional de Educação mais um evento destinado à chamada de atenção da sociedade.

Este evento contou a presença de mais de 500(quinhetas) pessoas, além de diversas autoridades, como por exemplo: Prefeitos dos municípios de União da Vitória, General Carneiro, Bituruna, Cruz Machado, Porto Vitória, Paula Freitas, Paulo Frontin, São Mateus do Sul e Antonio Olinto, secretários municipais de educação, toda a equipe do Núcleo Regional de Educação, capitaneada pelo professor Jair Brugnago, Conselheiros dos Direitos da Criança e do Adolescente, Conselheiros Tutelares, Diretores de escolas, professores, pedagogos, e, população, e, foi lançado um manifesto em favor da educação, amplamente divulgado pela imprensa local.

Não obstante a assinatura deste manifesto também foi subscrito um plano de ação intersetorial destinado ao trabalho da evasão escolar na região, que envolveu **vários órgãos, como por exemplo: escolas, conselho tutelar, Ministério Público, Juizado da Infância, Núcleo Regional de Educação, Secretarias Municipais de Saúde, Educação e Assistência Social, além das próprias Prefeituras, ou seja, foi formalizada a REDE DE ATENDIMENTO** destinada ao trabalho da evasão escolar.

Foram ainda apresentados novos documentos e materiais destinados ao trabalho dos entes envolvidos, como por exemplo: o filme Documentário “Evasão Escolar” elaborado pela TV MILENIUM, a mensagem gravada pelo promotor e juiz da infância destinada aos pais e alunos evadidos, termos de compromisso para serem firmados com os pais dos alunos, e, fichas(relatórios de atuação) para serem preenchidas pelas escolas.

É importante ressaltar aqui que este termo de cooperação tem sido objeto de constante reformulação e revisão de acordo com as dificuldades e necessidades encontradas durante o desenvolvimento dos trabalhos.

Neste processo de reavaliação do sistema foram promovidos aditivos inserindo etapas para contato com os genitores ou responsáveis pelos alunos evadidos, antes da adoção das medidas de repressão e punitivas pela Promotoria de Justiça, pois como dito, o objetivo primordial é o de prevenir e não punir.

Foi criada uma equipe dentro do Núcleo Regional de Educação que ficou encarregada de acompanhar dentro e fora de todas as escolas estaduais integrantes do sistema os projetos sociais desenvolvidos em parceria com a Promotoria e Juizado da Infância, dentre eles está o de prevenção da evasão escolar.

Outro projeto interessante é aquele ligado ao movimento Paraná sem corrupção, desdobramento da campanha desenvolvida em nível nacional “O que você tem a ver com a corrupção”.

Ficou então convencionado que após o exaurimento dos recursos pela escola e pelo conselho tutelar, e, antes da situação ser encaminhada à Promotoria de Justiça¹⁵, seria realizada uma audiência extrajudicial com os pais e alunos evadidos.

Nestas audiências extrajudiciais, até porque a judicialização dos casos deve ser tomada apenas em último caso, foi estabelecido um momento para a reflexão das partes envolvidas com a transmissão de trechos do documentário “Evasão Escolar”, após, um questionário elaborado pelo corpo pedagógico do Núcleo Regional de Educação seria respondido, dando-se seguimento a reunião, falaria um representante do Núcleo Regional de Educação, do Juizado da Infância e da Promotoria da Infância. Ao final da reunião todos os presentes foram convidados assinam o termo de audiência extrajudicial, concordando (ou não) com o retorno do filho ou pupilo aos bancos escolares.

Dando seguimento aos trabalhos, o Núcleo Regional de Educação realiza a análise dos documentos firmados nesta audiência extrajudicial, especialmente, dos questionários respondidos pelos pais e alunos, com o objetivo de tomar medidas para que seja viabilizado o pronto retorno do aluno aos bancos escolares, inclusive, com a possibilidade de reclassificação ou requalificação escolar.

Com o passar do tempo, foi decido que seria inserido mais um documento nesta audiência, um auto de infração administrativa lavrado em desfavor dos responsáveis pelos alunos evadidos por infração ao dispositivo constante no artigo 249 do ECA, que será levado diante se persistir a situação de evasão escolar após o decurso do prazo conferido para o retorno

aos bancos escolares, que geralmente é de 10(dez) dias.

É importante lembrar ainda que na atualidade estas audiências não são realizadas dentro do ambiente forense, mas sim, em locais que tornem mais fácil o acesso da população. Isto implica dizer, que ao invés da parte se dirigir até o fórum, são os serviços públicos que vão até ela.

Com isso, já foram realizadas audiências públicas não apenas no município sede da comarca mas também nos do interior, como por exemplo: Bituruna, General Carneiro e Cruz Machado, o primeiro destes fica a uma distância aproximada de 80 km da sede, e, os locais utilizados para estes eventos são: clubes, câmaras de vereadores e salões de igrejas.

No anseio de coletar e ofertar materiais pedagógicos de apoio, foi viabilizada uma parceria com o SESI local, por iniciativa do Núcleo Regional de Educação, que forneceu kit's para que fosse trabalhado o tema dentro das salas de aula por meio do programa “*As Vantagens de Permanecer na Escola*”, elaborado pela Associação Junior Achievement, que teve como meta inicial atingir 7.800 (sete mil e oitocentos) alunos da rede pública de ensino da região.

Foram ainda realizados trabalhos de articulação e fomento da rede, inclusive, com o viés informativo acerca da importância de uma atuação interdisciplinar no trato da questão, e, dentre os eventos realizados citamos aqui o projeto piloto intitulado “*TECENDO REDES*” desenvolvido pelo Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, em parceria com a instituição de ensino Uniguaçu – Faculdades Integradas do Vale do Iguaçu, que teve por objetivo o aperfeiçoamento das redes municipais de proteção e atendimento das crianças e dos adolescentes.

A promotoria da infância também optou por promover medidas judiciais e extrajudiciais ligadas ao direito à educação, como por exemplo ajuizamento de ações civis públicas questionando : **a)** a mitigação do critério do georreferenciamento imposto pelo Estado a todos os estudantes¹⁶, **b)** o já alterado parecer n.º 626/08 do Conselho Estadual de Educação que impôs limitações desnecessárias à matrícula de alunos no Ensino de Jovens e Adultos – EJA, como por exemplo: a necessidade da parte ter 18 anos ou mais para poder se matricular nos cursos da EJA, tanto para as 04 (quatro) séries finais do ensino fundamental (5ª a 9ª séries), ou seja, existiam casos em o adolescente com 17 anos de idade tinha que cursar a quinta série do ensino regular compartilhando a sala de aula com crianças de 11 ou adolescentes de 12 anos de idade, o que é absolutamente contraproducente, além de estimular a evasão escolar, neste caso, a auto-evasão. E, a expedição de recomendações administrativas visando a melhoria dos serviços afetos à educação, como no caso do direito assegurado por lei a todas as crianças que completarem 06(seis) anos de idade a serem matriculadas na primeira série do ensino fundamental.

3. Alguns resultados visualizados após o emprego desta nova sistemática

Muito embora os benefícios oriundos do retorno das crianças e adolescentes aos bancos escolares e a sua repercussão social e econômica leve muitos anos, senão décadas, para a apresentação de efetivos e conclusivos resultados, já foi possível aferir algumas sensíveis mudanças na realidade vivenciada.

No que tange aos atos infracionais e o seu procedimento constatou-se que há anos o número de procedimentos para apuração de ato infracional instaurados mantem-se linear, ou seja, não foram encontradas mudanças consistentes ou relevantes quer para mais ou para menos, o que já é uma vitória tendo em conta realidade socioeconômica da região que é

bastante desfavorável e tendente a decrescer.

Apenas a título comparativo, no início destes trabalhos havia apenas uma vara criminal na comarca, no momento já existem duas varas criminais e o número de processos vem aumentando com o passar do tempo.

Houve ainda uma redução no número de atos infracionais graves praticados por adolescentes, e, por consequência na imposição de medidas socioeducativas mais severas (internação ou semiliberdade) além dos casos de reincidência.

No que se refere aos casos de evasão escolar visualizou-se que os responsáveis pelos alunos estão mais conscientes acerca da importância de matricularem os filhos ou pupilos na rede regular de ensino e de acompanharem a evolução e a **frequência escolar**, ou seja, foi possível aferir que nos dias atuais os responsáveis pelos alunos (pais, tutores ou guardiães) estão mais conscientes acerca da importância do estudo no processo de desenvolvimento de uma criança ou adolescente.

Os professores, diretores e pedagogos da rede de ensino estão mais comprometidos com as ações desenvolvidas, até porque percebem que agora o enfrentamento do problema é realizado de forma conjunta envolvendo os mais variados setores e pessoas. O mesmo se diga com relação aos membros dos conselhos tutelares e conselhos dos direitos.

Quer-se dizer com isso que com o passar do tempo os integrantes da rede de atendimento passaram a assimilar o seu verdadeiro papel, suas atribuições, suas competências, e, suas tarefas, ou seja, não há que se falar em substituição de um por outro, como por exemplo: um conselheiro tutelar fazendo as vezes de um pedagogo, mais sim, cada um exercitando o seu papel na área de conhecimento que lhe compete.

Por sua vez, no que se refere ao número de casos de evasão escolar noticiados foi possível apurar-se em levantamentos realizados pelo Núcleo Regional de Educação uma diminuição dos casos no ano de 2011 quando confrontados com aqueles do ano de 2010.

Tem-se ainda um levantamento realizado pela Secretaria Estadual de Educação referente ao ano de 2012 e apresentado na semana pedagógica do ano de 2013, aonde foi apurado que na região atendida pelo Núcleo Regional de Educação de União da Vitória houve um abandono dos bancos escolares por adolescentes que cursavam as séries finais do ensino fundamental de 1,5%, isto dentro de um contingente de milhares de alunos. Em virtude deste resultado a região de União da Vitória alcançou a segunda melhor posição dentro do Estado do Paraná.

Por fim, no que se refere ao número de alunos que abandonaram o ensino médio os dados levantados apontam para números que se situam abaixo da média estadual, e tudo isto, em uma região que ostenta índices socioeconômicos que ficam aquém da média estadual.

É possível afirmar, portanto, que por meio de ações envolvendo os mais variados atores da rede de atendimento, com um caráter predominantemente preventivo, a realidade local foi tocada e a sociedade passou a ver o problema de forma diferenciada adotando assim uma postura mais proativa em face da evasão escolar.

Para tanto, a adoção de uma postura alheia à tradicional e conservadora, que está caracterizada pela busca da constante interação com a sociedade, com a escola e seus integrantes, com os poderes constituídos e com a imprensa, foi de suma importância além de extremamente profícua.

Há que se ponderar ainda que *“dentre todas as áreas de atuação dos profissionais do Direito, uma das mais complexas, desafiadoras e ao mesmo tempo fascinantes é, sem dúvida, a área da infância e juventude, pois ao passo em que nos confronta com a triste*

realidade de omissão e descaso em que vive boa parte das crianças e adolescentes brasileiros, é a que apresenta o maior potencial de transformação dessa mesma realidade, tanto no plano individual quanto coletivo”¹⁷.

4. Conclusão

Dentro deste contexto e como se busca uma discussão mais aprofundada acerca da identidade deste novo Ministério Público, delineado pela Constituição Cidadã, é forçoso concluir que a atuação do Ministério Público, especificamente, na seara infanto-juvenil, tornar-se-á muito mais efetiva:

- a) quando voltada e dirigida para a constante interação com os demais atores da rede de atendimento¹⁸, aproveitando ainda a visibilidade social que ostenta a Instituição e a capacidade de articulação dela decorrente¹⁹;
- b) quando reconhecermos que a limitação acadêmica dos operadores do Direito por vezes implicará na necessidade de serem ouvidos outros profissionais, providos de conhecimentos acadêmicos e científicos alheios ao mundo jurídico;
- c) quando assimilarmos que o fenômeno infância e juventude é extremamente complexo, e, que por isso, somente através de uma análise sistêmica e multidisciplinar, envolvendo variados setores do conhecimento técnico e/ou científico, é que restará plenamente assegurado o superior interesse de nossas crianças e adolescentes²⁰, ou seja: com a adoção de uma postura tendente a valorizar as ações em rede.

Especificamente, sobre o tema evasão escolar, é possível concluir ainda que:

- d) que o empreendimento de ações de cunho afirmativo, preventivo e elucidativo são mais eficientes para o combate da evasão escolar²¹ do que a promoção de ações judiciais cíveis e criminais destinadas exclusivamente para a penalização financeira e corporal dos responsáveis²² pelas crianças e adolescentes evadidos do sistema de ensino;
- e) que a adoção de medidas desjudicializadoras para o enfrentamento das questões afetas a evasão escolar além de mais proveitosa apresenta resultados mais benéficos;
- f) que deve ser invocada a atuação do Poder Judiciário apenas quando necessária a aplicação de medidas punitivas (cíveis e/ou criminais), e, somente, depois de esgotadas as ações extrajudiciais;
- g) que a visibilidade e a credibilidade social desfrutada pelo Ministério Público permitem a adoção de uma postura agregadora e conciliadora que poderá ser canalizada para o fomento, implementação e (se for o caso) criação da rede de atendimento, prevenção e combate da evasão escolar.

5. Referências Bibliográficas

- DIGIÁCOMO, Murillo José, e, DIGIÁCOMO, Ildeara de Amorin, ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente – anotado e interpretado, 2ª Ed. São Paulo:FTD. 2011.
- LIBERATI, Wilson Donizeti, Direito da Criança e do Adolescente. 2ª Ed. São Paulo:Rideel.
- MANATA, Celso José Neves. Artigo “... no superior interesse da criança” apresentado no Seminário: Direitos das crianças e intervenção que competências?, Centro Ismaili, em 24 de

Abril de 2008, fonte: www.cnpcjr.pt.

PEREIRA, Hélio Rubens Pinho, coordenador. O Ministério Público no Século XXI – Os velhos os novos desafios. Rio de Janeiro:Lumen Juris.2011.

PEREIRA, Tania Mara. Direito da Criança e do Adolescente – Uma proposta interdisciplinar. 2ª Ed. São Paulo:Renovar. 2008.

PESTANA, Denis. Manual do conselheiro tutelar – da teoria à prática. Curitiba:Juruá. 2008.

RAMIDOFF, Mário Luiz. “Direito da criança e do adolescente: por uma propedêutica jurídico-protetiva transdisciplinar. Fonte: <http://dominiopublico.qprocura.com.br>;

WATNIK, Webster. Child Custody Made Simple. Claremont-CA-EUA, Single Parent Press. 2009.

1 Área: política institucional e administrativa.

2 Promotor de Justiça da Infância e Juventude na comarca de União da Vitória-PR.

3 Lembro aqui as prudentes colocações do promotor de justiça de São Paulo Luiz Antonio Miguel Ferreira, em artigo sobre o assunto, quando afirma que dentre os vários problemas que afligem a educação, a evasão escolar e a reiteração de faltas injustificadas, apresentam-se como um grande desafio àqueles que estão envolvidos com o referido direito uma vez que é uma questão relevante, a ponto do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelecer a necessidade ser partilhado tal problema, para evitar a sua ocorrência, ou seja, deixou de ser um problema exclusivo e interno da instituição de ensino. Quando tais situações se verificam, constata-se que o direito à educação não está sendo devidamente respeitado, justificando a necessidade de intervenção dos órgãos responsáveis, conforme apontados na Constituição e no Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo que esta intervenção há de ser compartilhada, posto que a simples atuação de um órgão ou instituição apenas, não garante o sucesso do regresso ou permanência do aluno na escola.

4 “Dentre os direitos fundamentais consagrados à infância e juventude, avulta em importância o pertinente à educação, observado também que o sistema educacional se constitui juntamente com a família, extraordinária agência de socialização do ser humano (isto sem contar com a possibilidade de significativa interferência, enquanto aparelho ideológico do Estado, na formação do pensamento acerca da própria sociedade e do papel que cada um pode nela desempenhar)”. Olympio de Sá Sottomaior Neto, no artigo: Ato infracional, medidas sócio-educativas e o papel do sistema de justiça na disciplina escolar.

5 Leia-se oferecimento de representação pela prática da infração administrativa prevista no artigo 249 do ECA.

6 Instauração de processo ou procedimento criminal pela prática dos delitos previstos no artigo 246 do Código Penal e 236 do ECA.

7 Nesse sentido aliás é muito feliz o doutrinador e promotor de justiça no Paraná, Murillo José Digiácomo, quando enfrenta este tema no artigo: “Quando o conhecimento jurídico não basta - a imprescindibilidade da intervenção técnica interdisciplinar nas causas que envolvem interesses de crianças e adolescentes”.

8 Apresentado no congresso que abordou os 20 anos do ECA promovido pela Secretaria de Estado da Criança e da Juventude. 9 03/07/2011.

10 Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, e uma dos grandes expoentes da área infanto-juvenil.

11 Às vezes levava muito mais tempo que este.

12 Sobre o tema existe, inclusive, existe um Termo de Conclusão de Curso(TCC) de Psicologia (Universidade do Contestado – Campus de Porto União-SC) elaborado pela então acadêmica Shirley Mariah Ranckel (estagiária do serviços de psicologia do fórum da comarca), intitulado: “Socorro ... Preciso de ti pai jurídico – Das leis inseridas pelo pai e pelo Poder Judiciário”, abordando as repercussões positivas da ação extrajudicial e judicial da promotoria e do juizado da infância da comarca no processo de desenvolvimento e reflexão do adolescente em conflito com a Lei.

13 Ou seja, não esgotavam os seus recursos colocados à sua disposição para o trato do tema.

14 Leia-se: encaminhamento destes ao Juizado Especial Criminal pela prática do crime de abandono intelectual (art. 246 do Código Penal) e promoção de representação pela prática da infração administrativa prevista no artigo 249 do ECA.

15 Para responsabilização civil e criminal.

16 Partiu-se da premissa que é um direito facultado à parte e que não cabe ao Estado exercer esta escolha (com decisão favorável exarada pelo Juizado da Infância e confirmada pelo Tribunal de Justiça)

17 Murillo José Digiácomo, promotor de justiça, no artigo: Quando o conhecimento jurídico não basta - a imprescindibilidade da intervenção técnica interdisciplinar nas causas que envolvem interesses de crianças e adolescentes.

18 Ou seja, deveremos deixar de lado os nossos confortáveis gabinetes até porque os problemas não ocorrem nestes locais, mas sim, são trazidos até ele, e, para o efetivo enfrentamento dos problemas, por vezes, é imprescindível o conhecimento “in loco”.

19 O ilustre promotor de justiça Valter Foletto Santin assevera que o Ministério Público e o Judiciário devem ter acentuada atuação para solução ou minimização do problema uma vez que são instituições com razoáveis graus de respeito e aceitação popular, detentoras de um poder de transformação social, logo, devemos aproveitar esta visibilidade para construirmos uma sociedade melhor, e isto, somente ocorrerá com o pleno asseguramento do direito à educação. (No artigo:

O MINISTÉRIO PÚBLICO NO COMBATE À EVASÃO ESCOLAR, Tese aprovada inteiramente no II Congresso do Ministério Público da Região Nordeste, realizado em Fortaleza, Ceará, de 08 a 12 de dezembro de 1.996)

[20](#) Sobre o tema reporto-me à tese defendida e aprovada no Congresso Nacional do Ministério Público de 2011, em Belém-PA, intitulada: “O MINISTÉRIO PÚBLICO E A INFÂNCIA E JUVENTUDE - Por uma (re)formulação da forma de ver, pensar e atuar”, e aonde foi ressaltada a importância da análise interdisciplinar dos temas ligados à infância e juventude.

[21](#) Como por exemplo: a promoção de ações destinadas à conscientização da comunidade acerca dos prejuízos profissionais, sociais e econômicos decorrentes da falta ou da baixa escolaridade.

[22](#) Por vezes desprovidos de patrimônio e de saúde.

Mobilidade Urbana e sua Política Pública: um Espaço de Debate Político que o Ministério Público não pode Prescindir

Leandro Garcia Algarte Assunção¹

1. Justificativa e Introdução

Dentre as diversas questões de cunho social que afetam principalmente as grandes cidades e metrópoles brasileiras, a mobilidade urbana tem se destacado como um fator diretamente ligado à qualidade de vida dos habitantes destas localidades, a exigir, portanto, o desenvolvimento de políticas públicas de adequação do tráfego viário e automobilístico dentro e no entorno principalmente das grandes metrópoles brasileiras. Para além da própria qualidade de vida, este tema enseja particular interesse por conta dos (imensos) recursos públicos (que deveriam ser) alocados pela Administração Pública para o seu enfrentamento na busca de soluções factíveis sob o ponto de vista cotidiano e viáveis sob o ponto de vista jurídico, independentemente da necessidade de se aguardar eventual judicialização da questão e das respectivas políticas públicas a ela atreladas para autorizar o Ministério Público a ingressar em tal debate, inclusive na perspectiva de uma *atuação política* do Ministério Público.

2. O Ministério Público como ator no cenário político brasileiro do Século XXI

Quando da elaboração do documento “Diagnóstico Ministério Público dos Estados”, confeccionado no ano de 2006 pelo Ministério da Justiça – Governo Federal brasileiro, a Professora Maria Tereza A. Sadek (USP), consultora do projeto ao lado de Fernão Dias de Lima, de plano faz o seguinte apontamento:

“A Constituição de 1988 alçou o Ministério Público a uma posição de extrema relevância no sistema de Justiça e no cenário político. A instituição foi engrandecida em suas atribuições, transformando-se, em consequência, em ator público de primeira grandeza. O texto constitucional conferiu à instituição amplas obrigações, contemplando desde sua função mais tradicional – a ação penal –, até a defesa de variados direitos sociais, sejam eles difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Os textos legais, tanto a Constituição como legislações infra-constitucionais, propiciaram que o Ministério Público se convertesse em uma instituição fundamental do sistema de Justiça, cabendo-lhe papel relevante no controle das demais instituições e na defesa da cidadania. Em decorrência, a instituição tornou-se corresponsável por políticas públicas e agente de inclusão social”.

O diagnóstico do Ministério Público dos Estados inicia-se, nesta perspectiva², em verdade com uma conclusão: o Ministério Público como responsável, junto a outras instituições, por

políticas públicas e pela inclusão social.

Esta “responsabilidade”³ recebeu uma forte incrementação recentemente, o que serviu para sedimentar (o que já estava parcialmente concretizado) a posição de **ator protagonista**⁴ no cenário político⁵ brasileiro, *política* aqui entendida como a “política constitucional” de Bruce Ackerman ou a “grande política” de Antonio Gramsci⁶, ou seja, não aquela do cotidiano parlamentar, do dia a dia, mas sim aquela afeta a discussões que dizem com o *status* constitucional fundamental do cidadão brasileiro.

Tal recente incrementação operou-se com a discussão (e rejeição) da Proposta de Emenda à Constituição nº 37/2011, que acabou conhecida como “PEC 37”, que acrescentava o §10 ao artigo 144, da Constituição da República Federativa do Brasil, visando determinar que a apuração das infrações penais previstas no referido artigo 144 incumbiriam privativamente à Polícia Judiciária (federal e civil), em detrimento da possibilidade do Ministério Público, concorrentemente, investigar infrações criminais.

A rejeição da “PEC 37”, formalizada na Câmara dos Deputados na data de 25 de junho de 2013, elevou a instituição Ministério Público a um novo patamar dentro da estrutura política institucional, ganhando um destaque social talvez nunca antes percebido, principalmente por conta das manifestações populares que literalmente varreram o país naquilo que ficou conhecido como “Primavera Brasileira”.

Esta não aprovação do texto da “PEC 37” acarretou ao Ministério Público visibilidade social e responsabilidade ímpares, e, de certa forma, para além da mera atuação judicial e de tutela (judicial e extrajudicial) de direitos e interesses coletivos *lato sensu*, inseriu definitivamente o Ministério Público dentro dos debates e deliberações políticas regionais e nacionais que envolvam a defesa de *interesses sociais e individuais indisponíveis* e o máximo zelo com o *patrimônio público*, nos termos do vetor constitucional-teleológico do artigo 127, *caput*, da Constituição.

Importante apontamento faz Marcelo Pedroso Goulart:

*“Ao assumir o compromisso-dever de construir e defender, nos limites de sua missão institucional, a democracia de massas projetada na Constituição da República, o Ministério Público passa a figurar no cenário nacional como agente da vontade política transformadora. Na guerra de posição que se trava no seio da sociedade civil, cabe-lhe realizar a ‘grande política’, isto é, intervir na realidade por meio de ações político-jurídicas que promovam a mudança da ordem social, objetivando uma ordem superior.
(...).*

Pelo perfil delineado na Constituição de 1988, o Ministério Público pode ser definido como órgão da sociedade civil. De acordo com a vontade do constituinte (da sociedade brasileira), a Instituição integra essa esfera do Estado para nela cumprir o papel de agente da vontade política transformadora, responsável pela construção da hegemonia democrática.

Caso o Ministério Público não supere, plenamente, o (pelo autor chamado) momento corporativo, corre o risco de ficar a reboque da história, tornando-se uma Instituição passiva e impotente, incapaz de cumprir a função libertadora que a sociedade, no Pacto de 1988, conferiu-lhe. O ‘comportamento passivo-impotente’ poderá acarretar a perda de legitimidade (de sustentação social) e levar ao retrocesso na sua

configuração formal-institucional”⁷.

Diante do momento histórico vivido, já não há como negar esse novo *status* do Ministério Público.

A grande dificuldade, por ora, é definir qual será a tendência da instituição diante deste quadro histórico-político, ou seja, qual papel efetivamente o Ministério Público assumirá doravante.

É disso que se pretende tratar a seguir.

3. Uma nova dimensão do atuar do Ministério Público? Perspectivas.

O presente trabalho parte efetivamente desta premissa, melhor dizendo, deste *a priori*: uma posição nova do Ministério Público baseada na necessidade de sua concreta inserção nas discussões e deliberações das políticas públicas no Brasil, em qualquer nível federativo. Em decorrência disso, vislumbra-se então uma “nova dimensão do atuar do Ministério Público”. Todavia, como esta nova dimensão se daria na *práxis*?

Aqui, uma situação concreta vivenciada no Estado do Paraná, mais especificamente em Curitiba, pode servir de parâmetro para uma análise desta nova realidade.

Na data de 16 de agosto de 2013, a URBS – Urbanização de Curitiba S/A, com fundamento na Lei Municipal nº 13.957/2012, expediu Edital de Licitação, modalidade concorrência (melhor técnica), sob nº 1/2013, tendo como objeto a “seleção de pessoas físicas para outorga onerosa de novas autorizações para prestação de serviços de táxi no Município de Curitiba”, prevendo, em seu bojo, a expedição de 750 novas autorizações (licenças ou permissões) de táxis para circular no município de Curitiba, a fim de suprir suposta demanda por este serviço.

Restaram estabelecidos como critérios para o alcance de uma destas autorizações pelo particular pessoa física, o tempo de experiência no exercício da função de taxista (que, obviamente, não possua tal licença administrativa), o número de autos de infração administrativa de trânsito contra si, e a idade do veículo, sendo certo que as autorizações serão emitidas com prazo de 35 (trinta e cinco) anos, prorrogáveis por mais 15 (quinze) anos em caso de interesse da Administração Pública Municipal.

Na ocasião da divulgação pública do lançamento do edital de licitação, o diretor de Transportes da URBS S/A declarou o seguinte:

“Esses critérios foram colocados na audiência pública que fizemos no dia 4 de julho e nos pareceram os mais adequados para satisfazer o interesse público da população. Partimos do princípio de que o taxista que tem mais tempo de experiência está em melhores condições de atender o usuário, de igual forma aquele taxista que tem menos multas e possui um veículo mais novo. Esses são os critérios definidores da qualidade do serviço e da satisfação do usuário”⁸.

Na mesma ocasião, o presidente do Sindicato dos Taxistas do Paraná proferiu a seguinte declaração:

“Não vai suprir a necessidade de Curitiba, mas é um primeiro passo. Estamos há quase três anos brigando por essas setecentas e cinquenta novas placas de táxi, e agora ao menos a população vai ter um pouco mais de alento quanto à necessidade

de táxi⁹”.

A questão, que poderia até mesmo figurar supérflua em um primeiro instante, é na verdade de extrema relevância: diz diretamente com o que se convencionou (linguisticamente) chamar de “**mobilidade urbana**”.

De acordo com a Política Nacional da Mobilidade Urbana Sustentável, desenvolvida pelo Ministério das Cidades, define mobilidade urbana como “condição em que se realizam os deslocamentos de pessoas e cargas no espaço urbano” (Lei Federal nº 12.587/12, artigo 4º, inciso II).

Segundo A. A. Raia Jr.¹⁰:

“Na geografia urbana, o deslocamento nas cidades é analisado e interpretado em termos de um esquema conceitual que articula a mobilidade urbana, que são as massas populacionais e seus movimentos; a rede, representada pela infraestrutura que canaliza os deslocamentos no espaço e no tempo; e os fluxos, que são as macro decisões ou condicionantes que orientam o processo no espaço”.

Este, sem dúvida, na atualidade, é um dos grandes temas afetos à qualidade de vida da população (coletivo) e do cidadão (individual), sobretudo nas grandes metrópoles, e em especial, para nossa realidade, nas grandes cidades do Estado do Paraná.

A pergunta que se coloca, então, é a seguinte: poderia/deveria o Ministério Público do Estado do Paraná (e, para cada realidade, o Ministério Público de cada um dos Estados da Federação) inserir-se no debate político das políticas públicas relacionadas à mobilidade urbana, sobretudo na perspectiva de sua capital e maior cidade, Curitiba?

A resposta, sem dúvida, parecer ser positiva.

Mas esta resposta positiva, antes de tudo, passa por uma contingência diagnosticada dentro da própria estrutura do Ministério Público do Estado do Paraná.

A partir do ano de 2012, por meio da Resolução PGJ-MPPR nº 1355/2012, o Ministério Público do Estado do Paraná passou a contar com um Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça da Habitação e Urbanismo¹¹ e, na sequência, a Comarca da Região Metropolitana de Curitiba viu ser criada, com a mesma temática, uma Promotoria de Justiça da Habitação e Urbanismo¹², para atuação específica nas correlações das matérias centrais (Habitação-Urbanismo).

Com efeito, o artigo 5º, inciso II, alínea c, número 7, da aludida Resolução PGJ-MPPR nº 1355/2012, expressamente consignou que incumbe ao Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça da Habitação e Urbanismo responder pela execução dos planos e programas de sua área, em conformidade com as diretrizes traçadas, notadamente os relativos ao zelo, ao acompanhamento e à fiscalização da mobilidade urbana.

A própria página eletrônica do CAO das Promotorias de Justiça da Habitação¹³ traz, em um de seus *links*, a seguinte mensagem sobre a matéria, *verbis*:

“As políticas de mobilidade urbana estão subordinadas aos princípios da sustentabilidade ambiental e devem estar voltadas à promoção da inclusão social, permitindo o acesso equânime aos bens e oportunidades disponíveis na cidade.

Uma boa política pública de mobilidade urbana trata sistematicamente o trânsito, o planejamento e a regulação do transporte coletivo, a logística de distribuição de mercadorias, a construção e manutenção da infraestrutura urbana de mobilidade e

outros temas afins, como a distribuição espacial das atividades econômicas, culturais, educacionais, de lazer, etc.

Enfim, a mobilidade urbana deve ser tratada de maneira integrada à gestão urbanística estratégica e participativa, buscando o pleno desenvolvimento das funções sociais das cidades e da propriedade urbana e o bem-estar de pessoas, de modo sustentável – econômico, social e ambientalmente”.

O caso concreto acima apresentado (novas autorizações para táxis em Curitiba) funciona, então, como parâmetro objetivo para se pensar como poderia ser uma atuação *verdadeiramente pró-ativa* do Ministério Público no que diz respeito à questão da mobilidade urbana.

E, neste pormenor, no caso presente, uma série de ações e medidas *pró-ativas* podem ser pensadas para além de uma postura *estática* do Ministério Público (no sentido de somente agir quando formalmente provocado), o que neste trabalho se faz a título de sugestão, para incrementar iniciativas de tal ordem no âmbito do Ministério Público do Estado do Paraná.

Em primeiro lugar, entendo que o Ministério Público pode (ou melhor, deve), na ausência de iniciativa dos órgãos da Administração Pública municipal de Curitiba, por meio do seu Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça da Habitação e Urbanismo e de sua Promotoria de Justiça de Habitação e Urbanismo de Curitiba, iniciar os debates e instigar a abertura e desenvolvimento dos trabalhos relativos à elaboração do Plano de Mobilidade Urbana de Curitiba, bem como o seu acompanhamento, especificamente nos termos da regra do artigo 24, § 3º, da Lei Federal nº 12.587/12, ante a existência de Plano de Mobilidade Urbana no município de Curitiba.

Em segundo lugar, necessita o Ministério Público manter ininterrupto contato com a Câmara Municipal de Curitiba para o aperfeiçoamento da legislação municipal (Lei Municipal nº 13.957/12), caso se mostre premente tal providência, pouco importando se tal contato fora, ou não, mantido antes da aprovação do anteprojeto pela Casa Legislativa e da sanção do projeto de lei pelo chefe do Poder Executivo Municipal, além de contínuo contato também com os órgãos da própria Administração Pública.

De outra banda, diante do número concreto de autorizações a serem expedidas já definido pela URBS S/A, deve o Ministério Público, principalmente através do instrumento da audiência pública ou através de canal de abertura eletrônica de coleta de opinião, ouvir a comunidade local (de forma geral e de forma setORIZADA por conjunto de bairros) sobre se é realmente necessário, ou não, autorizar a colocação em circulação de mais 750 automóveis táxi; se concluir, com a comunidade, que tal providência é necessária, discutir ainda se o número de novos táxis a ser colocados em circulação é suficiente ou não, quais os melhores locais para a fixação dos novos pontos de estacionamento, localização e extensão, inclusive informando o órgão administrativo competente sobre as preferências da população colhidas por meio de instrumento democrático (Lei Municipal nº 13.957/12, art. 10), quais as condições mínimas dos veículos a serem colocados em circulação para a prestação de um serviço público de qualidade, dentre outros.

Por seu turno, incumbe de maneira irrenunciável ao Ministério Público uma prévia e rígida fiscalização sobre o processo licitatório de concessão de autorizações administrativas aos futuros taxistas, desde a elaboração do edital em si (apontando, inclusive, falhas ou omissões a serem corrigidas, uma vez que o respectivo edital já foi publicado), passando pela

fiscalização da escolha dos novos permissionários (de modo a combater fraudes e direcionamentos do procedimento licitatório, ou de modo a evitar que o processo acabe por “elitizar” a profissão – dando-se preferência à contratação de pessoas com ensino superior completo, por exemplo, em detrimento de indivíduos provenientes de outras classes sociais, em especial daqueles que já desenvolviam tal atividade), passando outrossim pela fiscalização dos gastos públicos que decorrerão desta seleção, até o efetivo resultado do processo de seleção, tudo de forma a maximizar os resultados deste processo, otimizando assim a prestação do serviço público relacionado à mobilidade urbana.

Ademais, de suma importância ainda a divulgação expressa destas atividades e respectivos resultados a todos os membros do Ministério Público, seja pela página eletrônica oficial, seja por meio de correio eletrônico, também oficial.

Todas estas medidas mostram-se de fundamental importância para o melhor desenvolvimento desta política pública e, principalmente, para uma afirmação positiva do Ministério Público como “agente da vontade política transformadora” perante a sociedade civil¹⁴.

Tal providência, premente (reitere-se), visa também garantir e reforçar o papel do Ministério Público de “agente em defesa dos interesses da sociedade”, que, apesar de não possuir legitimidade democrática (seus agentes não são escolhidos pelo voto popular, mas sim por critérios técnicos por meio de seleção via concurso mediante seleção técnica), tem como sua atribuição primeira e mais importante a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CRFB, art. 127, *caput*).

Para aqueles que porventura imaginam que tais ações relativas à melhoria da mobilidade urbana de Curitiba seriam desnecessárias ou despiciendas, ou que a questão não exige maiores cuidados e priorização, importante fazer um alerta. A Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Paraná (OAB/PR) promoverá, no dia 23 de agosto de 2013, um seminário denominado “O Metrô de Curitiba e seus Desafios Jurídicos”, que tem como pauta divulgar e discutir “as principais características do projeto de metrô de Curitiba e a alocação de recursos e regime de garantia em contratos”¹⁵, evento este que contará, inclusive, com a presença e participação do Exm^o. Senhor Prefeito Municipal de Curitiba. É pertinente aqui ponderar se o Ministério Público do Estado do Paraná foi ao menos convidado para participar desta discussão. A par da participação de outras entidades e mesmo instituições públicas na busca de alternativas para a melhoria das condições de mobilidade urbana, este trabalho defende que tal espaço deve ser ocupado de maneira prioritária pelo Ministério Público, sempre de maneira pró-ativa e sempre com divulgação dos resultados à sociedade e a todos os integrantes da Instituição, sob pena de perda de legitimidade de atuação e consequente redução de sua importância constitucional no contexto jurídico-político brasileiro.

Este pequeno texto não quer, de forma alguma, polemizar ou criticar de forma indevida o Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Habitação e Urbanismo ou a Promotoria de Justiça de Habitação e Urbanismo de Curitiba. Nesta quadra, ainda são incipientes os dados sobre se alguma(s) da(s) medida(s) aqui sugerida(s) foi(ram) adotada(s) por estes órgãos ministeriais¹⁶. Segundo informações repassadas em destaque, ao que tudo indica assim se está procedendo, constituindo então este trabalho, mais do que uma crítica, uma via de sugestão e fomento deste tipo de atuação ministerial.

Entretanto, a conclusão final deste breve articulado acaba por seguir em forma de alerta:

não se pode “deixar de lado” questão de tamanha relevância como a da mobilidade urbana, pois, caso assim proceda o Ministério Público, outras entidades e instituições fatalmente ocuparão o lugar no debate público que, por evidente, está destinado ao *parquet*. E, nesta medida, em razão da própria estrutura organizacional do Ministério Público do Estado do Paraná na atualidade (parâmetro objetivo para análise deste problema), tal postura está a se exigir, em específico, do Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Habitação e Urbanismo e da Promotoria de Justiça de Habitação e Urbanismo de Curitiba, do Ministério Público do Estado do Paraná, dentre outros órgãos institucionais, sob pena de perda de sua própria legitimidade institucional (com eventual comprometimento do trabalho já desenvolvido). Saliente-se, por oportuno, que as referidas unidades ministeriais têm reconhecido a mobilidade urbana como tema de relevância material e discutido o tema no âmbito institucional.

4. Conclusões. Questões abertas.

Ante todo o exposto, este pequeno trabalho tem por fim deduzir as seguintes conclusões, e permitir deixar abertas questões que possam fomentar uma discussão séria sobre o quadro traçado:

- 1) o Ministério Público é responsável, junto a outras instituições, por políticas públicas e pela inclusão social;
- 2) a não aprovação do texto da “PEC 37” trouxe ao Ministério Público visibilidade social e responsabilidade ímpares, e, de certa forma, para além da mera atuação judicial e de tutela (judicial e extrajudicial) de direitos e interesses coletivos *lato sensu*, inseriu definitivamente o Ministério Público dentro dos debates e deliberações políticas regionais e nacionais que envolvam a defesa de *interesses sociais e individuais indisponíveis* e o máximo zelo com o *patrimônio público*, nos termos do artigo 127, *caput*, da Constituição;
- 3) deve o Ministério Público do Estado do Paraná, em específico, e os demais Ministérios Públicos Estaduais, no geral, inserir-se no debate político das políticas públicas, sobretudo daquelas relacionadas à mobilidade urbana, em especial na perspectiva de suas capitais/regiões metropolitanas e cidades de grande porte, por meio do desenvolvimento de uma atuação *verdadeiramente pró-ativa* do Ministério Público no que diz respeito à questão da mobilidade urbana;
- 4) não se pode tratar a questão da mobilidade urbana como algo de “somenos importância”, pois, se assim for, fatalmente outras entidades e instituições ocuparão o lugar no debate público que, por evidente, está destinado ao *parquet*, postura a se exigir, em específico, do Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Habitação e Urbanismo e a Promotoria de Justiça de Habitação e Urbanismo de Curitiba, do Ministério Público do Estado do Paraná, dentre outros órgãos institucionais, sob pena de perda de sua própria legitimidade institucional (com eventual comprometimento do trabalho já desenvolvido). Saliente-se, por oportuno, que as referidas unidades ministeriais têm reconhecido a mobilidade urbana como tema de relevância material e discutido o tema no âmbito institucional.

5. Síntese Dogmática da Proposição

SÍNTESE DOGMÁTICA DA PROPOSIÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO. ATUAÇÃO

VERDADEIRAMENTE PRÓ-ATIVA. POLÍTICAS PÚBLICAS. PARTICIPAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO DEBATE PÚBLICO PARA CONSTRUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. MOBILIDADE URBANA COMO POLÍTICA PÚBLICA FUNDAMENTAL PARA A QUALIDADE DE VIDA NAS GRANDES METRÓPOLES BRASILEIRAS. O presente trabalho defende que o Ministério Público dos Estados (e, em específico, o Ministério Público do Estado do Paraná) deve inserir-se no debate político das políticas públicas, sobretudo daquelas relacionadas à mobilidade urbana, em especial na perspectiva de suas capitais/regiões metropolitanas e cidades de grande porte, por meio do desenvolvimento de uma atuação *verdadeiramente pró-ativa* do Ministério Público no que diz respeito à questão da mobilidade urbana, como exemplificado ao longo do texto. Nesta perspectiva, caso tal atuação que se pretende pró-ativa seja menosprezada, fatalmente perderemos importantíssimo espaço no debate político e de construção de entendimentos para outras entidades ou instituições, deixando de conferir concretude à norma do artigo 127, *caput*, da Constituição, e conduzindo-se, destarte, à perda de legitimidade de atuação enquanto instituição e conseqüente redução da importância constitucional do *parquet* no contexto jurídico-político brasileiro.

5. Referências

- ABREU, Alzira Alves de. **O que é o Ministério Público? Coleção FGV de Bolso – Série Sociedade e Cultura: nº 16**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010.
- ACKERMAN, Bruce. **We, the People (Nós, o Povo Soberano: Fundamentos do Direito Constitucional)**. Tradução: Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006.
- BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. 12ª reimpressão. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.
- CANOTINHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição. Coimbra: Editora Almedina, 2003.
- GRAMSCI, Antonio. **Cadernos do Cárcere – Volume 3**. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 2000.
- GOULART, Marcelo Pedroso. **Elementos para uma Teoria Geral do Ministério Público**. Belo Horizonte: Ed. Arraes, 2013.
- RAIA JR., Archimedes Azevedo. **Acessibilidade e Mobilidade na Estimativa de um Índice de Potencial de Viagens utilizando redes neurais artificiais e Sistemas de Informação**. Tese de Doutorado em Engenharia Civil – Transportes. São Paulo, USP – Escola de Engenharia de São Carlos, 2000.
- SADEK, Maria Tereza. LIMA, Fernão Dias de (Consultoria). **Diagnóstico do Ministério Público dos Estados**. Brasília: Gráfica Cidade, 2006.
- TSEBELIS, George. **Atores com Poder de Veto: como funcionam as instituições políticas**. Tradução: Micheline Christophe. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.

¹ Promotor de Justiça atualmente lotado junto à Promotoria de Justiça de Combate aos Crimes contra Crianças, Adolescentes e Idosos de Curitiba/PR, com endereço profissional na Avenida Iguazu nº 750, Bairro Rebouças, Curitiba/PR. Telefone: (41) 3223-6264. E-mail: lgaassuncao@mp.pr.gov.br.

² Da Ciência Política.

³ Melhor seria chamá-la propriamente de “atribuição”.

⁴ Seria, também, um “ator com poder de veto”? Para isso, vide TSEBELIS, George. **Atores com Poder de Veto: como**

funcionam as instituições políticas. Tradução: Micheline Christophe. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.

5 BRUCE ACKERMAN, ao sustentar sua tese naquilo que denomina de “dualismo”, aponta a distinção entre dois tipos de “políticas”: as chamadas “políticas ordinárias”, entendidas como aquelas praticadas no cotidiano parlamentar diariamente por legisladores e burocratas), e as chamadas “políticas constitucionais”, consistentes nos debates políticos que envolvem questões extraordinárias que realmente chamam a atenção do “*We, the People*” (Nós, o Povo). In ACKERMAN, Bruce. **We, the People (Nós, o Povo Soberano: Fundamentos do Direito Constitucional)**. Tradução: Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006.

6 Vide GRAMSCI, Antonio. **Cadernos do Cárcere – Volume 3**. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 2000.

7 GOULART, Marcelo Pedroso. **Elementos para uma Teoria Geral do Ministério Público**. Belo Horizonte: Ed. Arraes, 2013, p. 116 e 120.

8 Trecho extraído de matéria jornalística publicada no endereço eletrônico www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania, jornalista Antonio Senkovski - Acessado na data de 16 de agosto de 2013.

9 Trecho extraído de matéria jornalística publicada no endereço eletrônico www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania, jornalista Antonio Senkovski - Acessado na data de 16 de agosto de 2013.

10 RAIÁ JR., Archimedes Azevedo. **Acessibilidade e Mobilidade na Estimativa de um Índice de Potencial de Viagens utilizando redes neurais artificiais e Sistemas de Informação**. Tese de Doutorado em Engenharia Civil – Transportes. São Paulo, USP – Escola de Engenharia de São Carlos, 2000.

11 Órgão auxiliar da atividade funcional do Ministério Público (Lei nº 8.625/93, artigo 33, *caput*).

12 Órgão de execução das atribuições do Ministério Público conferidas pela Constituição Federal e pelas respectivas Leis Orgânicas (Lei nº 8.625/93, artigo 23, *caput*).

13 <http://www.urbanismo.caop.mp.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=4>.

14 Como condição referencial e exemplo, destaca-se: “Em abril de 2008, foi realizado na Amazônia o VIII Congresso Brasileiro do Ministério Público do Meio Ambiente, que teve como tema ‘Atividades Econômicas e Alterações Climáticas – o papel do Ministério Público’. **Durante o Congresso, foi discutida a compatibilização da preservação ambiental com o crescimento produtivo da região. A governadora do Pará, Ana Júlia Carepa, justificou o desemprego de muitos trabalhadores, que viviam de exploração ilegal da floresta, em nome dos prejuízos que o desmatamento da Amazônia causa à humanidade**”. In ABREU, Alzira Alves de. **O que é o Ministério Público? Coleção FGV de Bolso – Série Sociedade e Cultura: nº 16**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010, p. 82.

15 <http://www.oabpr.com.br/Noticias.aspx?id=17838>.

16 Cumpre ressaltar, neste ponto, que não há nada na página oficial do mencionado CAO acerca da adoção de quaisquer destas medidas, bem como não há nada na página oficial do MPPR nesse sentido, cumprindo ainda enfatizar que, até o momento, por este signatário não foi recebida qualquer mensagem eletrônica detalhando atuação neste campo, como é possível observar do teor do Informativo CAOP-HU/MPPR, Edições nº 01/2013 (23.07.2013) e nº 02/2013 (06.08.2013).
Todavia, a título de registro, importante destacar a existência no âmbito do CAO das Promotorias de Justiça da Habilitação e Urbanismo, do Procedimento Administrativo nº MPPR-0046.13.005622-2 (incremento da frota de táxis e sua compatibilidade com a política municipal de mobilidade), do Procedimento Administrativo nº MPPR-0046.13.1811-5 (acompanhamento do projeto “Metrô Curitiba”, com relação às questões de mobilidade urbana e transporte público), e no âmbito da Promotoria de Justiça de Habilitação e Urbanismo de Curitiba, do Procedimento Administrativo nº MPPR-0046.13.6054-7 (participação na quarta reunião da CPI do Transporte Público), do Procedimento Administrativo nº MPPR-0046.13.2433-7 (política pública municipal de incremento de frota de táxi nesta capital), e do Procedimento Administrativo nº MPPR-0046.13.7334-2 (atendimento de integrantes de movimento social ligado ao transporte público), em particular.

*O Controle Externo da Atividade Policial pelo Ministério Público como Instrumento para a Defesa do Regime Democrático**

Luciano Machado de Souza¹

Lucas Costa Almeida Dias²

Síntese Dogmática

O controle externo da atividade policial pelo Ministério Público é múnus que aperfeiçoa a proteção do regime democrático, protegendo os indivíduos dos abusos policiais ao tempo que contribui para o aperfeiçoamento da segurança pública e o desenvolvimento da pacificação social.

*Dizem que ela existe pra ajudar. Dizem que ela existe pra proteger.
Eu sei que ela pode te parar. Eu sei que ela pode te prender.
Polícia para quem precisa! Polícia para quem precisa de Polícia!
(Titãs – Polícia)*

1. Introdução

A discussão sobre a repressão criminal pelo Estado e a sua efetividade recebe cada vez mais atenção da comunidade jurídica e dos meios de comunicação. Não raras vezes, noticia-se abusos policiais, práticas de tortura, corrupção na Administração Pública, sem prejuízo da ineficácia do sistema prisional. A contemporânea ampliação do direito penal na sociedade aumenta as expectativas sociais, muitas vezes frustradas, de controle estatal do crime.

Em razão disso, os organismos que atuam no controle criminal, como a polícia, o Ministério Público e o Poder Judiciário se encontram no centro da discussão. Aumenta-se a especulação de ineficácia e as denúncias da impunidade do sistema brasileira. Igualmente, noticia-se desrespeito a direitos e garantias individuais, o que impõe a efetivação de mecanismos de controle interno e externo, para evitar arbitrariedades.

As relações entre as organizações do sistema de justiça criminal precisam ser repensadas, principalmente em razão da corriqueira violação dos direitos mais caros aos cidadãos.

Nesse sentido, ainda que não tenha recebido a atenção necessária nestes 25 anos de promulgação da Constituição Cidadã, o controle externo da atividade policial realizado pelo Ministério Público constitui mecanismo eficaz de proteção dos direitos fundamentais inerentes ao Estado Democrático de Direito e se relaciona diretamente com os princípios fundamentais do regime democrático e da dignidade da pessoa humana.

O presente trabalho pretende estabelecer que a atividade policial, pelas características que lhe são próprias, deve ser controlada por instituição externa e autônoma, como o Ministério

Público. Dessa forma, demonstrar-se-á as principais características do órgão controlado e da instituição controladora, para, ao final, destacar que o controle externo da atividade policial constitui mecanismo hábil a reprimir os ilícitos policiais e a constante violação aos direitos fundamentais.

2. A Polícia e a Segurança Pública

Atividades semelhantes às desempenhadas pela polícia eram registradas desde a Grécia Antiga, mas a atividade de policiamento somente assumiu o papel de polícia pública e estatal há pouco mais de trezentos anos. Na França e na Alemanha, a 'polícia' era desígnio da atividade e dos fins estatais; para os franceses, *policit * representava a ordem, prosperidade e segurança pública; nas terras germânicas, o 'estado polícia' (estado *Gendarmerie*) representava a externalização da vontade governamental. (GUIMARÃES, 2008, p. 39)

Com o surgimento do Estado Liberal, já no século XVIII, o homem supera o *status* de mero objeto e se torna legítimo sujeito de direitos. Nesse período, a 'polícia', passa a ser considerada como sinônimo de manutenção da ordem e da segurança, de forma que o Estado só interviria com seu poder de polícia em caso de ameaça à ordem da coletividade.

Portanto, ao afirmar e restituir os limites sobre usos e abusos de poder entre os indivíduos e deles com o próprio Estado e seus agentes, torna-se objetivo da polícia garantir uma forma estatal e estável de governo sob o império da lei.

Em algumas sociedades contemporâneas, contudo, a polícia autoritária (como é o caso da brasileira) ainda reproduz a tradicional dinâmica de proteção, pautada em situações de violência policial, com procedimentos autoritários e ilegais, como a tortura e a coleta ilegal de provas. Com efeito, a mudança do regime político no Brasil não foi suficiente para transformar a realidade policial, embora assim tenha sido estabelecido pelo constituinte de 1988.

Diante dessa perspectiva, vislumbra-se que as estruturas das polícias, as situações de violência policial e os organismos envolvidos na política criminal são temas que reclamam reflexão aprofundada, não só para apontar as razões dos abusos policiais, mas principalmente para entender a persistência de práticas autoritárias, mesmo em regimes democráticos.

2.1 A polícia como órgão de segurança pública

Para garantir a efetividade do Estado de Direito, Montesquieu estabeleceu que o poder deveria ser controlado pelo próprio poder, sem ingerência de um na atuação de outro, o que implicaria em atuação interligada dos atores envolvidos com nítida divisão das competências de cada um:

Deve-se ter em mente o que é a independência e o que é a liberdade. A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; e se um cidadão pudesse fazer o que elas proibem ele já não teria liberdade, porque os outros também teriam este poder. [...] Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder. Uma constituição pode ser tal que ninguém seja obrigado a fazer as coisas a que a lei não obriga e a não fazer aquelas que a lei permite. (MONTESQUIEU, 2000, p. 166-167)

Caio Tácito (2001, p. 17) ressalta que as Constituições e as leis, ao adotarem como

finalidade essencial pôr termo ao absolutismo dos poderes do Estado, incompatibilizaram um novo absolutismo, qual seja, o do irrestrito exercício dos direitos e liberdades individuais.

No Brasil, durante o decorrer dos trabalhos constituintes, o medo de uma nova repressão ditatorial e policial aos direitos fundamentais foi invocado pelo Presidente da Assembleia Nacional Constituinte de 1988, Deputado Ulysses Guimarães, que reafirmou a importância da democracia brasileira:

A persistência da Constituição é a sobrevivência da democracia. Quando, após tantos anos de lutas e sacrifícios, promulgamos o estatuto do homem, da liberdade e da democracia, bradamos por imposição de sua honra: temos ódio à ditadura. Ódio e nojo. *(Muito bem! Palmas prolongadas.)* Amaldiçoamos a tirania onde quer que ela desgrace homens e nações, principalmente na América Latina *(Palmas)*. (GUIMARÃES, 1988, p. 14380)

Após duas décadas de ditadura militar, nas quais a polícia se responsabilizava pela garantia do sistema repressivo, a retomada da democracia brasileira pelo constituinte de 1988 implicou na elevação da polícia a órgão de segurança pública, para defender a população e não mais o sistema. Assim como os próprios órgãos policiais, o poder de polícia se coaduna nos fins da existência do Estado, que se responsabiliza pela institucionalização das leis e pelo zelo da sua concretização mediante poderes-deveres. Para isso, a sociedade contemporânea exige que, através de determinados órgãos próprios armados, a força seja utilizada como instrumento coercitivo para a imposição da lei.³

Atualmente, a segurança pública é definida de forma ampla, e não se limita à política do combate à criminalidade e nem se restringe à atividade policial, de forma que abrange a prevenção e a repressão de atos que afetem diretamente a preservação da ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio, pela qual a polícia é responsável. Logo, a segurança pública integra o núcleo dos chamados deveres de proteção estatal, pois este objetivo se confunde com a constituição do Estado em propiciar condições dignas para seus cidadãos; é o pressuposto para efetivar o exercício dos direitos fundamentais através de políticas públicas.

A compreensão de política pública pressupõe a comunicação direta do direito com a política e da política com o direito. Segundo registra Ronald Dworkin (2002, p. 36-37), política é “aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas)”. O jurista italiano Luigi Ferrajoli (2002, p. 684), na “doutrina garantista penal”, estabelece que um sistema racional é aquele baseado em princípios possíveis de garantir os direitos do cidadão contra as arbitrariedades cometidas pelo Estado.

Dessa forma, para implementar a segurança como direito fundamental, a prevenção e o controle das condutas delituosas são atribuídos à polícia, que deve obedecer as políticas públicas estatais ao combater a violência criminosa, motivadora da sensação de insegurança e do medo à sociedade.

2.2 O braço armado do Estado

Ao atribuir a função de órgão de segurança pública à polícia, o constituinte não ignorou,

contudo, que o órgão policial figura paralelamente como braço armado do Estado, principal instrumento coercitivo na aplicação da lei. Para Rodrigo Régner Chemim Guimarães (2008, p. 37-47), a violência policial não significa usurpação do uso da força física do Estado, pois este atribui tal uso à polícia, como abordado alhures.

Nesse sentido, Roberto Kant de Lima aponta que o braço armado do Estado, para a polícia, é apenas uma de suas funções primordiais, sem prejuízo das outras, igualmente detentoras da força:

... em qualquer lugar do mundo a polícia faz três coisas basicamente: ela é um braço armado do Estado para promover e manter a ordem pública, como a contenção de tumultos e manifestações, etc.; é um braço armado do Estado para investigar infrações cometidas; e é uma função do Estado para negociar a ordem pública. A nossa polícia ficou presa às duas primeiras vertentes. A vertente militar, que é essa de braço armado do Estado para combater o inimigo, porque o conflito naquela pirâmide é altamente indesejado, então é essa coisa de destruir, de erradicar os criminosos, erradicar o tráfico de drogas, erradicar o outro. (KANT DE LIMA, 2001, p. 110)

Entre os dilemas das polícias brasileiras, a violência policial se contrapõe ao uso legítimo da força no Estado Democrático de Direito e revela a tensão da relação polícia e cidadão. Em verdade, as informações que denotam a violência policial revelam pequena parcela de uma realidade não conhecida.

Em 1964, no “passado de exceção” fundado na “Segurança Nacional”, a polícia desempenhou papel fundamental que justificava toda e qualquer ação arbitrária por parte dela própria; os interesses do Estado autoritário se sobrepujavam aos interesses da sociedade civil. Provavelmente, tenha sido este o momento crucial que contribuiu para a atual situação de violência e corrupção no seio de parcela significativa da polícia brasileira.

Isto é, a violência policial de hoje tem as suas especificidades, mas carrega consigo elementos de outras épocas, representados paradoxalmente no trabalho policial. Com isso, verifica-se que a polícia criticada pela atuação repressora na ditadura militar foi incumbida de resolver a criminalidade na democracia.

A violação aos direitos fundamentais de grupos sociais corresponde à negação da cidadania. Conforme registra Gilberto Velho (2000, p. 11-25), a violência policial evidencia que a cidadania não se impôs como valor nem implementou instrumentos democráticos que sejam capazes de frear aqueles abusos; assim, ao violar os direitos humanos de alguns indivíduos, a violência policial mostra os limites da cidadania. Para estes indivíduos sem acesso aos direitos – e sem cidadania! – não há uma polícia para eles, mas contra eles.

Com efeito, a Constituição Federal estabelece de outro lado que a segurança pública constitui dever do Estado e é direito e responsabilidade de todos, de forma que deve ser exercida para preservar a ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio.

Logo, a atividade policial, pela facilidade de atuar na esfera de direitos caros aos cidadãos, inclusive de forma armada, encontra-se limitada pela destinação constitucional de agir como órgão de segurança pública, em superação aos abusos ditatoriais outrora cometidos. A importância constitucional conferida aos órgãos de polícia evidencia que tal atividade deve ser controlada externamente pela Instituição constitucionalmente incumbida para preservar os interesses da sociedade, qual seja, o Ministério Público.

3. O ministério público

A atual Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, instituiu os instrumentos e garantias que possibilitaram ao Ministério Público maior e melhor desempenho, com independência de atuação. Carlos Vinícius Alves Ribeiro registra que se trata de instituição inovadora e contemporânea comprometida constitucionalmente com a democracia brasileira, que desempenha papel fundamental no Estado Democrático de Direito instituído com a Carta Republicana:

A Constituição de 1988 trouxe em seu bojo uma nova instituição, com novas atribuições funcionais, novas prerrogativas, novas obrigações. Nasceu ali o Ministério Público do Estado de Direito Democrático, que completou, portanto, 21 anos de vida. Essa idade impõe reconhecer que, a par de o Ministério Público ter sido, inegavelmente, um dos mais destacados atores na construção da Democracia Brasileira, é, também, e principalmente hoje, alvo de fortes críticas, ora por suas omissões, ora por seus excessos. (RIBEIRO, 2010, p. xi)

Pela primeira vez em um texto constitucional, disciplinou-se harmoniosamente o Ministério Público e as principais atribuições institucionais em âmbito nacional, inclusive no tocante ao aspecto funcional. (MAZZILLI, 2007, p. 101) Classificado como “função essencial à Justiça”, o Ministério Público ocupa posição constitucional distinta para desvinculá-lo dos demais Poderes e funções, como superação ao tratamento constitucional anterior.

A posição institucional do Ministério Público brasileiro e a natureza jurídica de suas funções é abordada por Celso Ribeiro Bastos, que afirma não ser possível chegar à conclusão uníssona quanto à classificação ministerial:

Para alguns, o Ministério Público é considerado um verdadeiro ‘poder’, pretendendo-se com isso alterar a divisão tripartida de Montesquieu. Para outros, é componente do Poder Legislativo, pois a este cabe a elaboração da lei e ao Ministério Público fiscalizar o seu cumprimento, via jurisdicional, circunstância que tornaria visível a maior afinidade lógica entre a vontade do legislador e a atividade do órgão, mais do que qualquer outro do Estado. Há os que o incluem no Poder Judiciário, embora órgão não jurisdicional, mas sempre independente do Poder Executivo. A maioria, porém, tem o Ministério Público como órgão do Poder Executivo, que faz executar as leis através do Judiciário, embora reconhecendo ter ele funções autônomas, independentes, próprias e constitucionais, com parcela da soberania do Estado. (BASTOS, 1988, p. 10)

Nada obstante, e considerando que as demais carreiras de Estado elencadas no mesmo título continuam sob a autoridade do Poder Executivo, o posicionamento constitucional não autoriza a ideia do Ministério Público figurar como quarto Poder. (DI PIETRO, 2010, p. 07; SILVA, 2010, p. 607)

Logo, a opção constituinte em inserir o Ministério Público em título próprio afirmou a importância das instituições listadas para realização da Justiça “como valor” supremo da sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos proclamada no preâmbulo da Carta Republicana; também para funcionamento da Justiça “como instituição”, como sinônimo de Poder Judiciário que, imparcial e inerte por natureza, não prescinde da provocação dos legitimados para o controle da Administração Pública e para proteção dos direitos individuais e

coletivos. (DI PIETRO, 2010, p. 07) A intenção do constituinte não deixa dúvidas: ao retirar a Instituição do âmbito dos tradicionais poderes do Estado, conferiu-lhe uma função fiscalizadora sobre as atividades governamentais.

3.1. O papel do Ministério Público no Estado Democrático de Direito

A Constituição Cidadã dotou o Ministério Público de novo perfil institucional, que tem comprometimento com os princípios norteadores do Estado Democrático de Direito. (JATAHY, 2007, p. 25-26) O constituinte erigiu o Brasil a esta forma de Estado à medida que garantiu os direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, concebidos como os valores supremos de nossa sociedade.

O Estado Democrático de Direito representa um *plus* normativo, um conteúdo de transformação em realidade que o difere do Estado Liberal, no qual a lei possuía conteúdo geral e abstrato destinada a limitar a ação estatal; e também do Estado Social, no qual a lei, além da restrição à atividade estatal, assumia um papel de implementação das prestações exigidas do Estado.

É necessário à adequação dessa forma de Estado uma Instituição fortalecida, que possa realizar função fiscalizatória e se opor contra forças negativas da sociedade, quando contrário ou nocivo a interesses sociais, e combater os mecanismos de repressão, quando espúrios ou violentadores dos direitos humanos. Com efeito, a atuação do Ministério Público como órgão agente e promotor de medidas reflete a importância da transformação social determinada pela nova ordem constitucional.

Na busca dessa transformação social da qual lhe é incumbida, o constituinte lhe conferiu legitimidade para promover o inquérito e a ação civil pública, a ação direta de inconstitucionalidade, entre tantos outros institutos de importância. Reconheceu-se, então, a essencialidade para o exercício da função de fiscal da lei (*custos iuris*) e a titularidade privativa da ação penal pública, sem prejuízo do fortalecimento na defesa dos interesses sociais e dos valores fundamentais do Estado.

Para o bom exercício do múnus, ganhou autonomia e independência, evitando que assim ficasse subordinado à vontade política do governante em exercício; e seus agentes, as garantias de independência funcional, vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios, em equivalência aos magistrados do Poder Judiciário.

O Ministério Público é, pois, Instituição de extração constitucional, cujos princípios e atribuições decorrem das relações institucionais que possibilitam os freios e contrapesos (*checks and balances*). Em síntese, é justamente criada com a missão precípua de defesa dos fundamentos e valores deste novo Estado Democrático de Direito.

Embora cada atribuição ministerial apresente suas peculiaridades, a pesquisa cinge-se à análise da prevista no inciso VII, do art. 129, que incumbe ao Ministério Público o exercício do controle externo da atividade policial.

4. O Controle Externo da Atividade Policial

Os instrumentos de controle de algumas atividades policiais, anteriores à atual Constituição da República, não visavam especificamente a proteção do regime democrático. O Manual Nacional do Controle Externo da Atividade Policial do Ministério Público brasileiro adverte que aquele controle não servia para coibir os abusos policiais no período ditatorial:

Se atentarmos, ainda, para os motivos pelos quais o constituinte inseriu o controle externo no texto da Carta Magna, parece inadequado considerá-lo uma mera reiteração de dispositivos já existentes. Afinal, as regras anteriores não coibiram os abusos da polícia no período dos governos militares. Além disso, a Constituição de 1988 consolidou o papel do Ministério Público de fiscal da lei e guardião da cidadania, resultado de uma luta de muitos anos perpetrada pelos promotores e procuradores. (FREIRE, 2009, p. 34)

Assim, o “controle externo da atividade policial” trazido pela Constituição de 1988 é muito mais amplo que aquele, porque não se limita apenas à persecução criminal. Em verdade, estende-se à tutela dos direitos fundamentais inerentes ao Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, a amplitude da função fiscalizatória assegura o cumprimento do múnus institucional:

O legislador constituinte, após consolidar o Ministério Público como instituição autônoma e permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbida da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, lhe atribuiu, como função institucional, o controle da atividade policial. É seu dever, como órgão externo, assegurar que a atuação policial, a um só tempo, atenda aos princípios da efetividade e da legalidade, compatibilizando as características de máxima eficiência e absoluto respeito aos direitos fundamentais. A atuação institucional nessa seara, portanto, vai além da fiscalização das atividades tendentes à persecução penal, cabendo ao Ministério Público reprimir eventuais abusos, mediante instrumentos de responsabilização pessoal (penal, cível e administrativa) e também zelar para que as instituições controladas disponham de todos os meios materiais para o bom desempenho de suas atividades, inclusive, quando necessário, acionando judicialmente o próprio Estado. A função controladora estende-se a todos os órgãos constitucionalmente incumbidos de atividades policiais e de segurança pública, abrangendo as polícias civis, militares, legislativas, federal, rodoviária, ferroviária, corpos de bombeiros e guardas municipais. (MARREIROS, 2012, p. 53)

Embora não estivesse prevista originariamente na pauta institucional⁴, a fiscalização ministerial é instrumento imprescindível à garantia da efetivação dos direitos fundamentais inerentes ao Estado Democrático de Direito, posto que se relacionam diretamente com a própria função policial.

Exercer o controle externo da atividade policial supera o interesse criminal pela própria essencialidade do Ministério Público, que não é mais considerado ‘órgão acusatório’. No radical, considerando que a Instituição está comprometida com a defesa da Constituição e da democracia⁵, vislumbra-se que o controle externo da atividade policial é múnus necessário à efetiva defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis e dos fins do Estado.

4.1. O controle externo da atividade policial como instrumento para proteção do regime democrático

O controle de um órgão pelo outro (*checks and balances*) é decorrente do princípio federalista da separação de poderes. Influi-se daí que, na opção política, o controle das atividades mais sensíveis do Estado deveria ser duplamente exercido: interna e externamente.

No âmbito interno, a Constituição estabeleceu que cada um dos três Poderes exerce o controle interno dos próprios atos, a par da fiscalização financeira ser realizada também no âmbito externo e a possibilidade de qualquer um “do povo” denunciar irregularidades aos Tribunais de Contas.

De um lado, o controle interno, realizado pelas Corregedorias e Ouvidorias, conhece melhor a realidade do órgão controlado e detecta de forma mais ágil as falhas e o acesso aos documentos necessários à fiscalização. De outro, o controle externo é mais independente e utiliza mecanismos mais transparentes, além de ser dotado de legitimidade processual, com maior acesso do cidadão. Diferentemente do âmbito interno, o controle externo não sofre pressões hierárquicas, controle administrativo e poder disciplinar, o que aumenta sua efetividade.

Com efeito, a origem federalista do sistema de freios e contrapesos também estabelece que o Poder Executivo necessita de um controle externo efetivo, sem prejuízo do exercido pelo Poder Legislativo. Portador de instituições de força – como é o caso da polícia, braço armado do Estado –, esse poder poderia se converter em “monstruosidade onipotente” (JATAHY, 2007, p. 25-26) se não contasse com a fiscalização de uma instituição estranha à própria hierarquia.

Atualmente, a força policial representa a possibilidade de coerção própria do Estado, imprescindível ao alcance da segurança necessária à convivência social; contudo, em se tratando de atividade como órgão de segurança pública, não pode ultrapassar os limites constitucionais de obediência à ordem jurídica e ao regime democrático. Isto é, tem características próprias que respaldam seja controlada de forma mais efetiva.

Ocorre que a polícia sofre ingerência política na apuração daquilo que lhes interessa, atuando como *longa manus* do mau governante, em razão da ausência de garantia de inamovibilidade para seus agentes, além da vinculação direta ao Executivo. É desprovida de autonomia por opção política constitucional, em razão das características que lhe são inerentes, como o uso da força, do passado ditatorial e das opções de direito comparado. Além disso, a atividade policial está mais próxima de atividades ilícitas no combate à criminalidade, como o tráfico de drogas e a corrupção, e os seus agentes estão mais sujeitos a abusos.

Dessa forma, e pela proximidade com determinados direitos sensíveis aos cidadãos, verifica-se que a polícia necessita de fiscalização por uma Instituição externa e autônoma, que garanta sua atuação de forma eficiente.

A Constituição Federal de 1988 estabelece a existência do controle de uma instituição por outra, que, de acordo com Robert Dahl (2001, p. 31), não apenas se faz alicerce para o bom funcionamento dos três poderes, mas se trata de pressuposto vital para a garantia da democracia.

Com efeito, pela própria classificação orgânico-institucional do Ministério Público, que resguarda sua autonomia perante os demais poderes, vislumbra-se que a atribuição fiscalizadora é inerente à sua função, como abordado alhures. De fato, pelos interesses que protege e a ligação com a defesa de interesses sociais amplos, o Ministério Público é a Instituição constitucionalmente incumbida de exercer o controle externo da atividade policial de forma efetiva, tal como esperado pela sociedade.

A atribuição representa garantia constitucional contra a atuação arbitrária do Estado, naquela que consideramos a sua face mais gravosa: o poder de polícia. A intenção constituinte

de fortalecer a democracia e criar mecanismos que impedissem o retorno ao autoritarismo resta clara. Nesse sentido, a reflexão de Lenio Streck e Luciano Feldens aponta a importância dos instrumentos democráticos na Carta Republicana:

Parece não restar qualquer dúvida que a Constituição de 1988 representa uma ruptura paradigmática em nosso País. Trata-se de uma Constituição que se alinha na contemporânea tradição das constituições dirigentes e compromissárias, estabelecendo em seu texto – e em sua principiologia – os mecanismos aptos ao resgate das promessas da modernidade insculpidas no seu núcleo político essencial, que aponta para a construção de um Estado Social e Democrático de Direito. É desses mecanismos que o Estado – e as Instituições encarregadas constitucionalmente da consecução desse desiderato – não pode abrir mão, sob pena de “demitir-se de sua função precípua”. (STRECK; FELDENS, 2003, p. 106-107)

Portanto, para além de um sistema de freios e contrapesos ou de um melhor desenvolvimento da persecução penal, a atribuição ministerial tem, no radical, relação direta com a defesa dos princípios fundamentais do regime democrático e da dignidade da pessoa humana expostos na Constituição Cidadã. Vislumbra-se incontestemente que o controle externo da atividade policial é essencial à manutenção do Estado Democrático de Direito, porquanto sem direitos de cidadania efetivos, a democracia é uma “ditadura mal disfarçada” (SANTOS, 2007, p. 90). Com efeito, a partir de um efetivo controle da atividade policial será possível coibir com maior rigor e eficácia abusos cometidos, como proclamou o constituinte.

5. Conclusões

- 1ª) A força utilizada pelos entes armados, como a polícia, serve de instrumento coercitivo próprio do Estado para imposição da lei, como forma eficiente para alcançar a segurança necessária à convivência social. Após a ditadura vivenciada no país, o constituinte de 1988 elevou a polícia a órgão de segurança pública, que deve zelar pela preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. Porém, não raras vezes, essa missão é desrespeitada pelos agentes policiais.
- 2ª) A atuação como braço armado do Estado e as características que são próprias à polícia evidenciam a necessidade de ser externamente controlada por instituição autônoma, como o Ministério Público. Os agentes ministeriais são dotados de independência funcional e não sofrem qualquer ingerência hierárquica, além da própria classificação orgânico-institucional do Ministério Público resguardar autonomia perante os demais poderes, evidenciando que a função fiscalizatória é inerente à Instituição e aos seus membros.
- 3ª) O controle externo da atividade policial ao Ministério Público se revela essencial à proteção do regime democrático, protegendo os indivíduos dos abusos policiais ao tempo que contribui para o aperfeiçoamento da segurança pública e o desenvolvimento da pacificação social.

6. Referências Bibliográficas

BASTOS, Celso Ribeiro. Das funções essenciais à Justiça – do Ministério Público. In: BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do*

Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1988, v. 4, t. 4.

DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Universidade de Brasília, 2001, 2009 (reimpressão). Tradução de: On democracy.

DAL POZZO, Antonio Araldo Ferraz. História Oral. *Memorial do Ministério Público do Rio Grande do Sul*. 07 de ago. 2002. São Paulo. Disponível em:

<<http://www.mp.rs.gov.br/memorial/noticias/id17252.htm>>. Acesso em: 20 ago. 13.

Entrevista.

DI PIETRO, Maria Sylvia. O Ministério Público como Instituição Essencial à Justiça. In: RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (org.). *Ministério Público: Reflexões sobre princípios e funções institucionais*. São Paulo: Atlas, 2010.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FREIRE, Alice de Almeida (org.). *Manual de Controle Externo da Atividade Policial*. Goiânia: MP, 2009. Disponível em:

FRÜHLING, Hugo. Police Reform and the Process of Democratization. In: FRÜHLING, Hugo; TULCHIN, Joseph S; GOLDING, Heather A. *Crime and Violence in Latin America: Citizen Security, Democracy and the State*. Washington, DC: Woodrow Wilson International Center for Scholars, 2003. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books?id=H7Ge7kkOCIkC>>. Acesso em: 20 ago. 13

GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. *Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

GUIMARÃES, Ulysses. Discurso proferido na sessão de 5 de outubro de 1988. *Diário da Assembleia Nacional Constituinte*, Brasília, p. 14380-14382, 5 out. 1988. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/308anc05out1988.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 13.

JATAHY, Carlos Roberto de Castro. *O Ministério Público e o Estado Democrático de Direito: perspectivas constitucionais e atuação institucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

KANT DE LIMA, Roberto. Espaço Público, Sistemas de Controle Social e Práticas Policiais: o Caso Brasileiro em uma Perspectiva Comparada. In: NOVAES, Regina (org.). *Direitos humanos: temas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Mauad, 2001. Disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=_urYp2zledgC&printsec=frontcover&hl=pt-BR>. Acesso em: 20 ago. 13.

MARREIROS, Adriano Alves (coord.). *Manual Nacional do Controle Externo da Atividade Policial: o Ministério Público olhando pela Sociedade*. 2. ed. rev. e ampl. Salvador: Ministério Público, 2012. Disponível em: <<http://www.mpm.gov.br/mpm/servicos/assessoria-de-comunicacao/anexos/manual%20controle%20externo%20versao%20final%204%20junho.pdf>> Acesso em: 20 ago. 13.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público: análise do Ministério Público na Constituição, na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, na Lei Orgânica do Ministério Público da União e na Lei Orgânica do Ministério Público paulista*. 6. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

MONTESQUIEU, Charles de Secondant Baron de. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina

Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (org.). *Ministério Público: Reflexões sobre princípios e funções institucionais*. São Paulo: Atlas, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Cortez, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOUZA, Luciano Machado de. *O Ministério Público e a defesa da Constituição e da democracia*. 2009. 243 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009.

STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TÁCITO, Caio. Princípio de legalidade e poder de polícia. *Revista Direito*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 10, p. 15-25, jul./dez. 2001. Disponível em:

<http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2001/revdireito2001B/art_poderpolicia.pdf>. Acesso em: 20 ago. 13.

VELHO, Gilberto. Violência, reciprocidade e desigualdade: uma perspectiva antropológica. In: VELHO, Gilberto. ALVITO, Marcos. (Orgs.). *Cidadania e violência*. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2000.

1 * Política institucional e administrativa

Promotor de Justiça lotado na 8ª Promotoria de Justiça de Cascavel (PR) – e-mail: lucmachado@hotmail.com

2 Assessor da Procuradoria da República de Cascavel (PR) – e-mail: lucasdiasdm@gmail.com

3 “The police are the primary instrument for law enforcement. Institutions and individuals responsible for maintaining public order have existed since ancient times, but it is only in the modern era that the police have come into being as a specialized, professional, public organization authorized to use coercion to enforce the law”. (FRÜHLING, 2003. p. 18) Tradução livre: “As polícias são o principal instrumento para a aplicação da lei. Instituições e indivíduos responsáveis pela manutenção da ordem pública já existiam desde os tempo antigos, mas é somente na era moderna que a polícia veio a surgir como uma organização pública especializada e profissional autorizada a usar a coerção para fazer cumprir a lei.”

4 O Anteprojeto Afonso Arinos (1985) e a Carta de Curitiba (1986) apenas previam a supervisão dos procedimentos investigatórios. Com efeito, emblemática a revelação de Dal Pozzo ao Memorial do Ministério Público do Rio Grande do Sul: “Por exemplo, vocês sabem por que está escrito que cabe ao Ministério Público o controle externo da atividade policial? Uma noite estávamos jantando no Restaurante Gambrino’s. Eu, o Ibsen, o Sabella, não lembro mais quem, acho que o Burle. Estávamos conversando e eu lamentava, me referindo aos Delegados de Polícia: — ‘Pô, esses delegados, caramba, os caras só querem equiparação, nós estamos cansados de ir atrás de tirar equiparação dos textos’. O tema era uma briga. Aí o Ibsen disse: — ‘É, precisamos botar um ‘bode’ na sala deles’. Era uma boa idéia! Então ficamos pensando no que podia ser. Pegamos um guardanapo de papel (até pouco tempo atrás eu tinha esse guardanapo com a letra do Ibsen) e começamos a escrever: ‘Como é que podemos fazer? Controle externo da atividade policial, não fica legal assim? Fica, vamos colocar esse negócio’. E, pasmem, não conseguimos mais tirar, esse controle do texto que, para mim é um ‘pepino’ enorme. Na verdade, penso o assunto não deveria estar na Constituição. Assim pusemos o ‘bode’ na sala dos delegados, e, realmente, eles começaram a ter que brigar contra isso, esquecendo um pouco o negócio da equiparação. E, assim, o controle ficou lá e virou texto constitucional...” (DAL POZZO, 2002, p. 10

5 A análise detida desse desenvolvimento é objeto da Dissertação de Mestrado do autor Luciano Machado de Souza (SOUZA, 2011).

A atuação do Ministério Público para coibir saques de contas bancárias das pessoas jurídicas políticas

*Marcelo de Jesus Monteiro Araujo**

Justificativa

Alguns prefeitos, para disfarçarem o desvio de recursos públicos perpetrado via saques de contas bancárias do município, informam, em balancetes que enviam aos Tribunais de Contas, que as quantias sacadas se encontram guardadas no “cofre” da Prefeitura. Esse “cofre”, na linguagem contábil apresentada nos balancetes, é chamado de “Conta Caixa”.

Tal estratégia permite a esses gestores inescrupulosos ganharem tempo para realizarem uma contratação dirigida e, nos meses seguintes, conseguirem notas fiscais frias ou superfaturadas da pessoa jurídica contratada, viabilizando a formal prestação de contas daquela quantia sacada e que havia sido provisoriamente lançada na “Conta Caixa”.

A presente tese pretende demonstrar que a Constituição Federal proíbe todo e qualquer saque de contas bancárias das pessoas jurídicas políticas (União, Distrito Federal, Estado-membro e Município). Utilizando essa proibição como premissa, o Ministério Público, em defesa do patrimônio público, pode expedir recomendações aos gestores e, contra os recalcitrantes, ingressar com ação civil pública para proibir saques.

Fundamentação

Dispõe o § 3º do art. 164 da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 164.

§ 3º As disponibilidades de caixa da União serão depositadas no Banco Central; as dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos órgãos ou entidades do Poder Público e das empresas por ele controladas, em instituições financeiras oficiais, ressalvados os casos previstos em lei.

Ao julgar o recurso ordinário nº 768079, o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais pronunciou-se sobre o dispositivo constitucional supra transcrito nos seguintes termos:

Em primeiro lugar, é necessário esclarecer em que consiste o “depósito” das disponibilidades. A regra constitucional qualificou as disponibilidades como sendo, especificamente, as “disponibilidades de caixa”. Em uma interpretação literal e restrita do texto, os valores da conta “Caixa” – ou seja, moedas, cédulas e cheques recebidos pelo ente público – devem ser depositados em instituições financeiras oficiais. Com a efetiva realização desse “depósito”, o valor anteriormente contabilizado na conta “Caixa” será baixado e passará a integrar a conta “Bancos Conta Movimento”. Assim, a conta “Bancos Conta Movimento” deverá conter identificação das instituições financeiras oficiais e dos respectivos valores nelas depositados.

A situação ideal é manter em “Caixa” apenas o necessário para o fluxo operacional do ente público. Tanto quanto possível, os valores recebidos pelo “Caixa” devem ser depositados em instituições financeiras oficiais, o que contribui para reduzir o risco de saques indevidos e desvios dos recursos públicos arrecadados. Após o “depósito”, é recomendável realizar “movimentação financeira” dos recursos para outra conta, mais especificamente uma conta de “aplicação”, que possa garantir a rentabilidade ou, no mínimo, a correção necessária para preservar o poder de compra, diante de desvalorização inflacionária da moeda.

O Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará, ao julgar o Processo 12752/07 considerou irregular mesmo um saldo pequeno deixado na conta caixa pelo gestor municipal:

*Em relação ao **item 3.1**, irregularidade pela presença de saldo em caixa no valor de R\$ 446,72, procede a acusação uma vez que os recursos municipais não podem ficar na conta caixa, mas sim na conta bancos.*

No mesmo sentido, o Tribunal de Contas do Mato Grosso, no item 3.3.1.3. do Relatório Técnico sobre o Processo nº 139653/2009, ao constatar que, no exercício de 2008, foi transferido o valor de R\$ 369.407,11 (trezentos e sessenta e nove mil quatrocentos e sete reais e onze centavos) das contas bancárias do município de Araguainha-MT para conta caixa, teceu as seguintes considerações:

Tal sistemática contraria o disposto no art. 164, § 3º, da Constituição Federal, que determina que a movimentação das disponibilidades de caixa dos entes públicos se dê exclusivamente por meio de instituição financeira oficial.

Por outro lado, a Lei 4.320/64, prevê em seu art. 65 que “o pagamento da despesa será efetuado por tesouraria ou pagadoria regularmente instituídos por estabelecimentos bancários credenciados e, em casos excepcionais, por meio de adiantamento.” O dispositivo em tela, por ser anterior à Constituição Federal de 1988, deve ser interpretado à luz das normas constitucionais vigentes.

Nesse sentido, o texto constitucional exige o depósito dos recursos públicos em banco oficial, de forma que sua movimentação deva ser realizado exclusivamente por este meio. Sendo assim, quando a Lei 4.320/64 diz que o pagamento da despesa será efetuado por tesouraria, quer indicar tão somente que a emissão da ordem de pagamento à instituição financeira, seja por meio de cheque ou por meio eletrônico, será feita pela tesouraria do ente, mas não que o dinheiro em espécie ficará em seu poder e será utilizado para o pagamento dos credores do município.

Tal sistemática, pretendida pelo gestor, não se amolda à norma constitucional em comento e tão pouco ao estado avançado da tecnologia e da informação. E para aquelas despesas que não possam subordinar-se ao processo normal de aplicação, a própria Lei 4.320/64 autoriza, em seus arts. 65 e 68, a realização de adiantamento de numerário a servidor, sujeito a regular prestação de contas.

Por fim, cumpre mencionar que a sistemática adotada pelo gestor enfraquece o controle sobre a movimentação desses recursos, facilitando a ocorrência de desvios e fraudes.

Ora, sacar dinheiro vivo de conta bancária de pessoa jurídica política equivale a fazer

justamente o contrário do que determina o § 3º do artigo 164 da CF, supra transcrito, pois, ao invés de depositar, retira-se da instituição financeira o dinheiro do ente público que nela já se encontrava depositado.

É preciso ficar claro que por trás do texto do § 3º em tela está a seguinte *mens legis*: as disponibilidades de caixa das pessoas jurídicas políticas devem ser depositadas e **permanecerem** nas instituições financeiras enquanto continuarem sendo disponibilidades de caixa das pessoas jurídicas políticas.

E as quantias depositadas em contas bancárias de pessoas jurídicas políticas somente deixam de ser disponibilidades de caixa destas quando são utilizadas para pagar despesas. Por exemplo, o município “X”, que deve R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para a empresa “Y”, referente ao valor do contrato administrativo de fornecimento de material de expediente já regularmente executado, deverá, após todas as formalidades legais, emitir ordem bancária para transferir R\$ 10.000,00 (dez mil reais) de uma de suas contas correntes para a conta bancária da mencionada empresa, pagando, assim, a despesa pendente.

Em relação ao exemplo dado, vale ainda destacar que, após a transferência, os R\$ 10.000,00 (dez mil reais) deixaram de ser disponibilidade de caixa do município “X” para, lícitamente, integrar o patrimônio da empresa “Y”, pois representou pagamento a uma empresa credora. Situação completamente diferente ocorre quando se saca dinheiro vivo de uma conta bancária do município para supostamente colocá-lo num cofre do município (o dinheiro, que era do município antes do saque, continuou sendo do município depois do saque).

Em regra, portanto, os recursos públicos devem sair da conta bancária diretamente aos credores, para pagamento das despesas com pessoal e de fornecedores, até porque, enquanto o dinheiro permanece no banco a pessoa jurídica política não corre riscos de ser assaltada e ainda auferir rendimentos decorrentes de aplicações financeiras.

Ademais, a saída de recursos públicos diretamente do banco para os credores propicia uma maior transparência, permite uma fiscalização mais eficaz e não cria qualquer embaraço para o Administrador bem intencionado.

Por mais óbvio que isso pareça alguns Tribunais de Contas estaduais ainda toleram a tal da “conta caixa”, como é o caso do Tribunal de Contas do Estado do Piauí, que no art. 91 da sua Resolução nº 905/2009, dispõe:

Art. 91. Ao final de cada mês, os Poderes, individualmente, não poderão manter saldo em caixa em valor superior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), sob pena de sujeição dos responsáveis ao procedimento de inspeção e auditorias.

Parágrafo único. Ao término do exercício financeiro ou na mudança de gestor, os numerários disponíveis no caixa, deverão ser depositados em instituição bancária, sob pena de ressarcimento de divergências apuradas por este Tribunal de Contas, tendo como responsável o dirigente que estiver encerrando sua gestão.

Ou seja, enquanto a CF/88 não tolera em hipótese alguma saldo de caixa, determinando que todas as disponibilidades de caixa das pessoas jurídicas políticas sejam depositadas em instituições financeiras, o TCE-PI ordinariamente tolera saldo em caixa, apenas alertando que os gestores que mantiverem saldos de caixa superiores a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) se sujeitarão a inspeções e auditorias. Tal entendimento da aludida Corte de Contas, *data vênia*, estimula o desvio, não favorece a transparência nem o controle, sendo injustificável até mesmo

para os municípios menores, pois, atualmente, de qualquer cidade brasileira se consegue realizar depósitos em contas bancárias de instituições financeiras oficiais e, utilizando-se de um simples notebook, realizar transferências bancárias para pagamento de credores e servidores.

Se certo é que compete ao Judiciário lenir qualquer irregularidade oriunda de quaisquer outros poderes da República ou de atividade privada, que afronte, concreta (lesão) ou abstratamente (ameaça), direito, não se pode olvidar que, presentes elementos probatórios hábeis a se antolhar que tal direito está ameaçado, tem o juiz o dever constitucional de agir quando provocado, adotando as medidas que se fizerem necessárias para afastar tal ameaça.

A tutela inibitória, incontestavelmente, garante maior efetividade jurisdicional, evitando diversas ações reparadoras, bem como lesão ao direito então ameaçado (regular aplicação dos recursos públicos municipais), assegurando-se o cumprimento do dever público de proteção ao erário.

A propósito, sempre enriquecedoras são as lições de Luiz Guilherme Marinone¹:

*...Quando a tutela inibitória é prestada através da jurisdição, pouco importa se há ordem de não fazer ou de fazer, uma vez que a norma pode impor um não fazer ou um fazer com função preventiva, isto é, para dar tutela inibitória aos direitos. Importa deixar claro, assim, que a norma que impõe, com escopo preventivo, determinada conduta, abre oportunidade para ação inibitória em que o juiz pode ordenar um fazer. O objetivo desta ação é prestar a tutela inibitória não alcançada fora do processo, dando efetividade à norma de direito material. Como é evidente, esta ação nada tem a ver com o dano, mas apenas com a norma, ou melhor, apenas com **a necessidade de efetividade da norma.***

Quando um Prefeito realiza saques da conta do município “na boca do caixa”, exatamente no dia em que é depositada parcela do FPM, está, na verdade, cometendo ato de improbidade administrativa, na medida em que está liberando verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes (art. 10, XI da Lei 8.249/92).

Sendo a tutela preventiva medida jurisdicional para se impedir ou cessar ameaça a direito, seus elementos diferem consideravelmente dos necessários à tutela repressiva. Nesta faz-se preciso para a proteção jurisdicional a existência de ato humano capaz de produzir resultado, que este seja hábil a causar um dano a bem juridicamente protegido, que haja nexo causal entre a conduta e o dano e, por fim, culpa na conduta que deu causa ao dano.

Tratando-se de tutela inibitória, alguns requisitos exigidos para a tutela repressiva não se fazem necessários. Segundo a melhor doutrina, para se prestar a tutela jurisdicional inibitória devem estar presentes duas circunstâncias: fatos que denotem, pelo menos indiciariamente, a possibilidade de ameaça a direito; e a existência deste Direito.

A existência do direito difuso à aplicação regular dos recursos públicos é facilmente demonstrável com a interpretação *a contrario senso* do art. 10, XI, da Lei 8.429/92, que considera ato de improbidade administrativa liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular.

Quanto à prova de ameaça de lesão ao erário público se pode provar pelo não acatamento da recomendação ministerial, que demonstra a disposição do gestor de efetuar saques de contas bancárias do ente público administrado, saques estes que, uma vez realizados, representarão, no mínimo, ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da legalidade e da lealdade à instituição pública.

Recentemente a tese ora sustentada foi consagrada no julgamento em primeira instância de uma ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado do Piauí para impedir saques de contas bancárias de um município piauiense. Na sentença, proferida nos autos do Processo nº 0001702-58.2010.8.18.0032, da 1ª Vara da Comarca de Picos-PI, o Juiz de Direito Leonardo Lúcio Freire Trigueiro, fez relevantes considerações sobre o tema:

a) Sobre as desvantagens de se movimentar conta bancária mediante saques:

... Diante da evolução do sistema financeiro (trazida pela capilarização e ampliação das mídias de atendimento – agência bancária, autoatendimento, telefone, internet banking, dentre outros – e da gama de serviços prestados), é de se ter como pouquíssima ou de nenhuma valia o uso de dinheiro, especialmente, pelos gestores públicos. Inúmeras são as desvantagens da utilização de moeda, ao invés das transferências, valendo destacar: a) a possibilidade de extravio, roubo ou furto/ b) a impossibilidade de perseguição dos destinos da verba, vicissitude que frustra a atividade fiscalizatória dos agentes públicos; c) a desvalorização pela falta de remuneração pelo capital; dentre outras.

b) Sobre as vantagens de se movimentar conta bancária exclusivamente por ordens bancárias:

... Mostram-se inúmeras as vantagens da utilização do sistema de ordem bancária, pois impede pseudo pagamentos, haja vista que a operação bancária não é concluída se inexistir saldo na conta pública, o que incoorre no cheque, além de viabilizar a fiscalização do gasto público, vez que permite o rastreamento da verba pública, com detalhamento de valores e beneficiados, situação que vai ao encontro dos anseios da comunidade nacional nesta nova era, que não apenas espera, mas verdadeiramente exige que o administrador público governe com transparência nos gastos e pudor com a res pública.

Conclusão

Da temática retro desenvolvida, extraem-se as seguintes conclusões:

1. A Constituição Federal, no § 3º do art. 164, proíbe que gestores saquem disponibilidades de caixa de contas bancárias de pessoas jurídicas políticas, impondo a eles exatamente o contrário, que depositem e mantenham em instituições financeiras oficiais as disponibilidades de caixa das referidas pessoas;
2. Esse comando constitucional não pode relativizado por leis infra constitucionais, nem por normas internas de Tribunais de Contas;
3. O Ministério Público deve atuar para garantir que gestores não realizem saques das contas bancárias dos entes públicos que administram, expedindo recomendações neste sentido e, em caso de não acatamento destas, propondo as respectivas ações civis públicas, visando obter do Judiciário uma ordem de proibição de saques, como medida preventiva de salvaguarda do patrimônio público.

Referências Bibliográficas

Constituição da República Federativa do Brasil;

MARINONE, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória (individual e coletiva)*. São Paulo, 3ª edição revista, atualizada e ampliada, Editora RT.

[1](#) Luiz Guilherme Marinone *Tutela Inibitória (individual e coletiva)*, 3ª edição revista, atualizada e ampliada, Editora RT, p. 63.

* Promotor de Justiça/PI

Corregedorias-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados como Instâncias de Controle Interno: Reflexões e Apontamentos Críticos-Propositivos¹ para Construção de uma Nova Identidade

Márcio Soares Berclaz²

1. Introdução

A constrangedora dificuldade de implementação do papel constitucional do Ministério Público³ (e lá se vão 25 anos da Constituição da República de 1988 –o “velho não morreu e novo não consegue se afirmar”⁴) guarda forte relação com a falta de desempenho adequado e ideal de parte das Corregedorias-Gerais do Ministério Público, órgãos da Administração Superior (artigo 5º, IV, da Lei 8.625/93) que ostentam a função de orientação e fiscalização funcional (artigo 17 da Lei 8.625/93).

Embora as críticas internas recaiam quase sempre sobre a Procuradoria-Geral de Justiça, a quem compete grande volume de atribuições relacionadas à gestão, evidente que não é apenas este órgão da Administração Superior que deve arcar com o ônus de uma estrutura institucional que precisa de aprimoramentos em todos os seus aspectos, do que não se escapam outros espaços institucionais, tais como Conselho Superior, o Colégio (que deveria ser de membros e não apenas de Procuradores⁵), a recente e ainda pouco ousada Ouvidoria, o tradicional Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional, a Comissão de Concurso de ingresso na carreira (muitas vezes escolhida por critérios políticos e sem preenchimento de requisitos mínimos) e, principalmente, a Corregedoria.

Não se duvida que o Ministério Público, pela natureza da sua função de fiscal dos poderes constituídos, tem necessidade de um adequado e eficiente controle interno⁶, monitoramento que não pode ter como objeto apenas as ações supostamente abusivas, mas também precisa mirar as omissões (lembrando que a “falta” é sempre mais relevante e constitutiva para uma instituição cujo trabalho se adquire a partir da iniciativa e da busca ativa e não da inércia).

A julgar pelo que se acompanha e pelos poucos dados e documentos aos quais se tenha acesso, já que o campo correcional é território recheado de sigilo e segredo, as Corregedorias-Gerais do Ministério Público dos Estados, de modo geral, mostram-se distantes do cumprimento do seu papel, situação que ainda parece não receber a atenção (e a preocupação) devida de parte dos membros, servidores e, sobretudo, dos observadores externos que hoje, cada vez com mais interesse, acompanham a atuação cotidiana do Ministério Público. Afinal, como bem expõe Rogério Bastos Arantes, a questão da independência dos organismos, embora fundamental para o desempenho de suas atividades, “vem sempre acompanhada da discussão sobre mecanismos de controle, especialmente

quando esses organismos passam a agir ativamente na esfera política”⁷.

O próprio surgimento do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) por intermédio da Emenda Constitucional n. 45/2004 já representou a demonstração de que esse controle das atividades correcionais originárias nos Estados precisava ser incrementado e monitorado, tanto que a partir disso forjou-se uma Corregedoria-Nacional do Ministério Público. Nesse sentido, o artigo 130-A é expresso em estabelecer como missão do CNMP “a fiscalização do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros”, tanto que, como bem expõe Suxberger, a “necessidade de um órgão de controle – essa foi a principal demanda que ensejou a alteração constitucional realizada pela Emenda” (p. 185).

Se a história, como afirma Marx, é a única ciência que existe, na digressão cronológica da vida institucional do Ministério Público há de chegar o tempo em que se perceberá o quanto que o funcionamento inadequado e o formato desatualizado da engrenagem das Corregedorias-Gerais dos Ministérios Públicos contribuem para que não haja maior fortalecimento e aderência institucional e dos seus membros ao perfil constitucional exigido pelos artigos 127 e 129 da Constituição da República.

Dentre as dificuldades que prejudicam uma atuação mais progressista e emancipatória da Corregedoria-Geral, o presente artigo enumera alguns aspectos problemáticos capitais, desde já devendo ficar claro que, embora os exemplos sejam pontuais, as críticas direcionam-se à instituição da Corregedoria-Geral como um todo e não a nenhuma unidade em particular.

2. Justificativa/Fundamentação

“Se o desconforto na cultura é aquilo que estimula a crítica, então nenhum tempo seria tão apropriado para a crítica quanto o nosso” (Peter Sloterdijk)

2.1. Falta de Atuação Correcional Planejada e Programada:

Não obstante o “segredo” e a escassa publicidade que cerca a atuação do órgão, percorrendo os sítios eletrônicos das Corregedorias-Gerais do Ministério Público brasileiro, analisando seus relatórios anuais de atuação e outros documentos, não se percebe sinal ou indicativo de que exista algum tipo de planejamento claro e definido para o desenvolvimento do trabalho, tanto na linha de atuação da orientação como na fiscalização.

Não se pode desconsiderar o fato de que toda a colheita estatística produzida pelos órgãos de execução, muitas vezes com o sacrifício e prejuízo das atividades finalísticas, apesar de relevante e necessária (pois, sem dúvida, o Ministério Público precisa mensurar e medir adequadamente qual tem sido sua intensidade seu foco de atuação, conforme Resolução n. 74 do CNMP e a própria ideia de um Comitê Gestor das “tabelas unificadas”), perde a qualidade do dado e não implicam na geração de nenhum resultado útil ou mais depurado, simplesmente porque as Corregedorias-Gerais limitam-se a cumprir com o papel burocrático de cobrarem e repassarem esses dados ao Conselho Nacional do Ministério Público, esquecendo-se do dever de filtrar e depurar informações próprias da realidade de cada instituição (onde, aí sim, há espaço para se falar na necessidade de respeito à autonomia de cada unidade federativa, uma das reclamações constantes das unidades dos Estados em face ao “Conselhão”).

Em não havendo planejamento ou programação de atuação para que as funções típicas correcionais produzam orientação e fiscalização sobre as atividades mais caras e importantes à matriz de atuação contemporânea do Ministério Público, evidente que as transformações que

a instituição necessita para atender às demandas da população (inclusive “as vozes das ruas”) ficam distantes. Não há sentido algum nas Corregedorias-Gerais atuarem sem a observância de determinadas diretrizes norteadoras do trabalho desenvolvido, as quais deveriam ser previamente divulgadas aos membros de modo a permitir conhecimento quanto aos critérios adotados para a avaliação futura das atividades.

Tome-se um exemplo concreto. A propósito, muitas das preocupações atuais do Ministério Público e do próprio Conselho Nacional do Ministério Público, órgão que prestou e tem desenvolvido um relevantíssimo papel no aprimoramento da instituição, poderiam já ter sido melhor equacionadas se as próprias Corregedorias-Gerais percebessem que, no atual momento institucional, precisam urgentemente reformular premissas de atuação para contribuírem de maneira mais efetiva para o aperfeiçoamento do Ministério Público como instituição. Toma-se o exemplo do ENASP – Estratégia Nacional de Justiça e Segurança Pública para a reflexão, podendo-se a partir dele afirmar que não pode haver a menor dúvida de que, se as Corregedorias-Gerais já tivessem trabalhado de maneira adequada com as estatísticas dos crimes dolosos contra a vida, analisado a forma pela qual muitas das investigações preliminares são conduzidas quando ingressam na esfera do Ministério Público, há muito já poderia ter sido corrigido problema estrutural indicativo da falta de orientação adequada para atuação na área do controle externo difuso da atividade policial, o que também inclui, de outro lado, a necessidade de criação de órgãos de execução estruturados e em quantidade suficiente para que haja celeridade no processamento e no julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Primeiro porque muitos dos problemas decorrente das investigações deste tipo de delito decorrem não só da desestrutura técnica e humana da Polícia Civil, do trabalho insuficiente e desidioso de alguns Delegados de Polícia, mas também pela forma inadequada pela qual o Ministério Público ou protela a requisição de diligências genéricas sem exercício efetivo do controle externo ou indicação concreta das necessidades que entende faltantes⁸, ou açoda e apressa o oferecimento da denúncia sem a apuração dos elementos necessários, apenas para se observar o prazo de um investigado que está preso, quando então transmuda-se indevidamente a fase de diligências para a esfera judicial, inclusive para aspectos básicos como perícias e, alguns casos, auto de exame de corpo de delito, aspecto que poderá impactar a imputação de modo a exigir aditamento (sempre prejudicial nos delitos de competência do Tribunal do Júri) ou mesmo prejudicar o resultado final do trabalho. Certamente, se essa já tivesse sido uma preocupação concreta das Corregedorias-Gerais a ensejarem a utilização de ferramentas corretas, o quadro estaria muito melhor⁹.

Salientando a importância do estabelecimento de estratégia, objetivos e planejamento, é a posição de Cláudio Barros¹⁰: “Deve, portanto, a Instituição, assumir o seu grave papel no contexto da sociedade democrática contemporânea. Deve se propor, para alcançar resultados que continuem sendo reconhecidos no futuro, mecanismos estratégicos e objetivos definidos. Se não o fizer, poderá pagar o preço do descrédito e ceder, no todo ou em parte, suas funções a outras que têm sede para fazê-lo. O caminho passa, necessariamente, por planejamento”.

Se existe necessidade de definição de diretrizes, metas e prioridades para a gestão do Ministério Público, evidente que as mesmas premissas devem alcançar outros órgãos da Administração Superior, um dos quais consiste nas Corregedorias.

2.2. Falta de Intervenção Focada na Priorização da Estruturação de Órgãos Auxiliares

Outro aspecto que chama atenção e preocupa diz respeito à constatação de que a falta de recursos humanos auxiliares para estruturação do Ministério Público demonstra aparente descuido das Corregedorias para sinalizarem às Administrações esse problema¹¹.

Isso porque, dentre os órgãos das Administração Superior, são as Corregedorias que têm condições efetivas para conhecer as deficiências que prejudicam o cumprimento das atividades finalísticas do Ministério Público, aspecto que mostra sua face mais visível normalmente nos órgãos de execução situados no interior de diversos Estados do Brasil.

Nesse sentido toma-se de empréstimo a lição de Suxberger¹²: “(...) cabe uma advertência: é preciso pensar a instituição do Ministério Público mais além de seus membros, na medida em que o crescimento estratégico institucional se concretiza, muitas das vezes, no trabalho realizado pelo quadro de apoio à atividade-fim dos membros da instituição”.

Da leitura dos relatórios das Corregedorias-Gerais e da prestação de contas de atividades não se percebe atitudes práticas efetivas voltadas ao acompanhamento e cobrança para que a Procuradoria-Geral de Justiça adote as medidas cabíveis para fim de assegurar maior efetividade à previsão constante, por exemplo, no artigo 23 da Lei Orgânica Nacional, no sentido de que as Promotorias tenham “serviços auxiliares necessários ao desempenho das funções que lhe forem cometidas pela Lei Orgânica”.

Mais do que isso, diante da ausência ou da insuficiência de dados, é de se presumir que mesmo quando a Corregedoria é provocada para tomar conhecimento da desestrutura de recursos humanos limita-se a fazer encaminhamento formal da reclamação ao órgão de gestão sem monitoramento e acompanhamento das providências adotadas, o que implica em perpetuação da situação problemática, quando não em descrédito no bom desempenho do seu papel.

Os exemplos poderiam ser muitos, mas por ora toma-se por base três reflexões concretas. De nada adianta anotar-se no mapa estratégico que a proteção ao patrimônio público é prioritária, se faltam auditores e quadros técnicos de engenharia, por exemplo, para fiscalização de obras públicas superfaturadas ou executadas de maneira equivocada; o mesmo se pode dizer em relação a falta de equipes técnicas interdisciplinares para suportarem a atuação do Ministério Público na área da infância e juventude, mesmo quando atribuições relevantes da instituição, como a remissão, dependem diretamente desta medida; que dizer, então, da falta de orientação adequada da Corregedoria-Geral para garantir recursos mínimos para que cada órgão tenha a equipe necessária para o desempenho das suas atividades, respeitadas as diferenças entre as funções (por exemplo, para a Promotoria Criminal o acréscimo da estrutura de assessoria pode ser mais importante do que numa Promotoria extrajudicial, a qual precisa dispor de recursos humanos que lhe assegurem a formação de uma estrutura de cartório adequada, inclusive com possibilidade da realização de diligências externas, tais como cumprimento de notificações, inspeções em obras públicas ou denúncias específicas, busca de licitações e documentos etc).

2.3. Falta de Intervenção Adequada para Regular Distribuição Justa, Equitativa e Prioritária dos Serviços

A identificação de diversas distorções envolvendo a distribuição do serviço do Ministério

Público também não deixa de ser imputada, de algum modo, à Corregedoria-Geral. A constatação, no âmbito de nacional, de distorções envolvendo existência de Promotorias de habilitação de casamento, da falta de estruturação adequada da instituição para atuação nas matérias especializadas de maior volume e demanda (ex: patrimônio público, saúde pública e meio ambiente) ou mesmo prioritárias por força da dicção legal (ex: Promotorias da Infância e Juventude, conforme artigo 227 da Constituição combinado com artigo 4º do ECA), sinalizam a perpetuação de uma divisão funcional antes tradicional que hoje não tem mais razão de ser.

Se por força de normativas do Conselho Nacional do Ministério Público cabe às Corregedorias produzirem o levantamento estatístico e repassarem esses dados ao referido colegiado, tal oportunidade deveria servir para que houvesse análise e trabalho dos dados no âmbito interno de modo a propiciar estudos relevantes para orientar uma distribuição mais adequada do serviço¹³, o que não raras vezes é deixado a critério de colegas (potencializando conflitos no ambiente de trabalho) ou mesmo é feito de maneira descriteriosa e prejudicial sem o devido e fundamentado estudo.

Não bastasse a falta de contribuição efetiva, não raras vezes a Corregedoria-Geral estabelece premissas sem a devida base científica que, na prática, mostram-se prejudiciais para a atuação do Ministério Público, entendendo que determinadas áreas devem ser necessariamente agregadas (ex: meio ambiente e juizado especial criminal), deixando que importante matérias de atuação fiquem fora das resoluções de distribuição de serviço (ex: atendimento à comunidade, urbanismo, fiscalização do Sistema Único de Assistência Social-SUAS etc) ou estabelecendo que atribuições especialíssimas e específicas devem ser compartilhadas (ex: revezamento nas sessões do Tribunal do Júri sem critérios específicos e determinados que assegurem coerência na atuação e, mais do que isso, respeito ao princípio do promotor natural), sem sequer ter o cuidado de justificar o porquê dessa ou daquela medida ou, na pior das hipóteses, quais as regras para bom funcionamento do que se propõe.

Ademais, cumpre notar que nem mesmo a regionalização como prática organizacional eficiente e recomendável parece ser uma estratégia de atuação pesquisada, estudada ou mesmo estimulada pelas Corregedorias-Gerais, o que demonstra certeza desatualização e descompromisso desses órgãos com a necessidade de reorganização do desenho institucional do Ministério Público.

Dada a importância das funções exercidas pelas Corregedorias-Gerais é absolutamente inaceitável que os referidos órgãos não se envolvam diretamente na discussão dos novos paradigmas de estruturação funcional necessários para o aprimoramento do Ministério Público.

2.4. Desempenho de Funções de Orientação e Avaliação sem a Devida Cientificidade e Aparato Instrumental

Analisando o que há de público nas páginas institucionais das Corregedorias-Gerais do Ministério Público, ainda que por amostragem, não se constata que haja uma atuação ideal e adequada voltada à orientação e avaliação do trabalho dos membros a partir de um determinado paradigma adequado sob o ponto de vista epistemológico e metodológico (menções genéricas à regularidade do serviço – será só judicial?, eficiência, pontualidade e cumprimento das obrigações legais – quais?, determinações e recomendações – mesmo as que não tem caráter vinculativo em tese, é o que mais se encontra nos atos que regulamentam as Correições e Inspeções nos Estados, quando outros e mais claros parâmetros deveriam existir, inclusive com explicação objetiva sobre o que se entende estar enquadrado em cada

um dos itens¹⁴).

Ainda que não se desconheça o importante e operoso trabalho que o órgão realiza na avaliação dos membros que se encontram em estágio probatório, a falta de discussão de uma estratégia equilibrada e objetiva para a avaliação, seguida da falta de divulgação e apresentação prévia dos critérios de avaliação indicativos da eventual suficiência ou insuficiência dos serviços ou mesmo dos tradicionais conceitos qualitativos, indicam que a orientação e a avaliação são feitos por aspectos discricionários e subjetivos, sem um esclarecimento adequado sobre a existência de princípios e balizas capazes de orientar este trabalho.

Para retomar o tema relativo ao controle externo da atividade policial já mencionado anteriormente, tem-se com exemplo prático da falta de orientação adequada o fato de as Corregedorias muitas vezes ocuparem-se de cobrar apenas a medida do “tempo” da manifestação em inquéritos policiais, sem atentarem para a necessidade de priorizar a avaliação e o controle não especificamente sobre o prazo, mas sobre a qualidade do pronunciamento emitido. Não por acaso, por conta disso, como já dito, é muito comum a utilização de cotas requisitórias de diligências genéricas (verdadeiros “balões” destituídos de facticidade e sentido) ao invés de exame detalhado e concreto da situação de cada inquérito policial. Do mesmo modo, ainda no campo penal, é comum que não haja orientação e estabelecimento de prioridades para análise dos expedientes de investigação preliminar sobre os crimes mais graves à República (ex: crimes contra a vida, crimes contra a administração pública, crimes de “colarinho branco” etc). Outro exemplo concreto de falta de padrão a respeito da emissão de “conceitos” pode ser extraído dos próprios campos contidos na “ficha de conceito”¹⁵ que, por exemplo, pode ser obtida no “site” da Corregedoria-Geral do MP-SP, no qual não consta a previsão de avaliação procedimentos, apenas de processos, muito menos percebe-se a existência de critérios objetivos para avaliação, sendo que o campo apenas refere a “observações e considerações gerais”. Evidente que o fato pode se repetir em outros Ministérios Públicos, aos quais não se teve acesso sequer ao modelo de documento similar, o que em muito se deve ao problema da já mencionada falta de transparência que será objeto de tópico específico.

Um dos instrumentos interessantes para cumprimento do que ora se critica pode consistir nos tradicionais “Manuais de Atuação Funcional”¹⁶, contudo muitas Corregedorias-Gerais descuidam na atualização dos referidos documentos, o que pode ser constatado por visita aos “sites” dos Ministérios Públicos. De outro lado, mesmo quando os referidos documentos existem e estão atualizados, percebe-se que há carência de orientações efetivamente relacionadas a fluxos procedimentais no desenvolvimento dos expedientes administrativos (ex: Inquéritos Cíveis, Procedimentos Preparatórios/Peças de informação etc), o que se deduz pela própria forma como as orientações são expostas. Por exemplo, na atuação no âmbito de defesa do patrimônio público (ou da moralidade administrativa, como estabelecido na classificação taxonômica funcional de alguns estados), de nada adianta salientar a importância óbvia de se requisitar remessa da licitação investigada sem discutir qual será a melhor forma para que isso ocorra, se por consulta direta na Prefeitura Municipal, por requisição via ofício para cópia xerográfica ou para disponibilização do original ou mesmo por comparecimento de equipe de auditoria do próprio Ministério Público¹⁷; o mesmo vale para a discussão quanto ao papel que será adotado pelo Ministério Público no âmbito da atuação em saúde pública no que

diz respeito aos direitos individuais e indisponíveis, tendo em vista o papel constitucional concomitante da Defensoria Pública; idem em relação às estratégias que podem ser adotadas para tratamento de realidades de violação de espaços ambientalmente protegidos já consolidados ou envolvendo reflexo relacionado à habitação e moradia etc.

A revisão da forma de atuação implica na percepção de que a Corregedoria-Geral precisa motivar e justificar os atos por ela praticados, tudo de modo a, num primeiro momento, antes de se estabelecer necessidade de cumprimento pela coação, persuadir e convencer o membro do Ministério Público da importância e dos benefícios de se atuar desta ou daquela maneira, o que implica na necessidade do órgão ter cuidado ao emitir prescrições e enunciados para o que é de fato relevante e não para o que cabe ao estilo e forma de atuação de cada membro do Ministério Público¹⁸.

Valioso notar que algumas Corregedorias-Gerais adotam a prática elogiável de divulgarem “ementários” de sugestões à atuação, como ocorre na Corregedoria-Geral do MP-RS¹⁹, ainda que breve consulta nesses documentos demonstrem que muitas das indicações limitam-se a reproduzir dicções legais já consolidadas e sejam um tanto quanto tímidas no tocante à orientação prática valiosa para incrementar a atuação do membro do Ministério Público.

Assim, não é preciso muito esforço para perceber que as atividades de correição são pautadas por uma metodologia inadequada, por uma custosa presença física (não são poucas as diárias geradas neste tipo de atuação) para exame essencial de processos, hoje muitos dos quais digitalizados, deixando de fora a compreensão da grande esfera de atuação extrajudicial do Ministério Público dos “procedimentos” pertencentes e conduzidos pelo próprio Ministério Público, atividade relegada a plano secundário quando não inexistente na maior parte das avaliações²⁰.

A avaliação dos procedimentos instaurados e o índice de procedência²¹ indica grande diferença, o que pode mostrar que não estão sendo observados critérios adequados para abertura de expedientes ou mesmo há falta de efetividade ou deficiência na instrução.

Assim como Lenio Streck pontua que não há uma teoria da decisão no âmbito do Judiciário brasileiro, evidente reconhecer que não há uma teoria adequada da fiscalização e da avaliação que deve pautar as ações a serem adotadas pelas Corregedorias-Gerais do Ministério Público dos Estados, o que implica que em muitos casos está-se diante do que se pode denominar de verdadeiro “estado de natureza hermenêutico”²², onde é possível “dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa” e ainda beneficiar-se de um sigilo que restringe a circulação e a própria correção da informação. Orienta-se pouco e, muitas vezes quando se faz, sugere-se mal e fora dos parâmetros de um Ministério Público constitucional²³.

Reforçando a deficiência procedimental das Corregedorias-Gerais cumpre destacar que nem todos os órgãos possuem, como é o caso do Espírito Santo, Regimento Interno elaborado em 2004 para disciplinarem a sistemática de trabalho, no qual estão previstos instrumentos de trabalho interessantes, como é o caso da “correição parcial” para membros do Ministério Público²⁴. A exigência deste tipo de instrumento poderia ser uma medida concreta a ser fomentada como forma de mitigar os problemas da problemática exposta.

2.5. Necessidade de Aperfeiçoamento de Critérios Técnico-Administrativos para Provimento dos Cargos de Promotor-Corregedor

Considerando o atual estágio de organização de profissionalização exigido na Administração Pública, na qual o Ministério Público está evidentemente incluído, cumpre afirmar a impossibilidade de se aceitar que relevantes funções da Administração Superior sejam exercidas por pura e simples indicação da autoridade nomeante, sem a necessidade de motivação e fundamentação do ato administrativo praticado, exigência que, inclusive, deve(ria) nortear a nomeação dos membros do Ministério Público que serviram de auxiliares às Corregedorias²⁵.

Mais do que essa exigência, cumpre asseverar a necessidade do corpo funcional de membros do Ministério Público que auxiliem a Corregedoria contemplarem colegas com histórico e habilitação técnico-científica comprovada para examinarem as matérias sujeitas à atuação do Ministério Público, tanto no âmbito criminal como no âmbito cível, especialmente no que diz respeito às atribuições especializadas e extrajudiciais.

Desnecessário dizer que a eventual falta de conhecimento aprofundado na teoria e na prática de determinada matéria de parte de membro auxiliar da Corregedoria produz efeito nefasto na orientação ou na fiscalização da atividade dos membros (especialmente aqueles em estágio probatório e em processo de amadurecimento e formação institucional), não raras vezes propiciando a ocorrência de posições equivocadas prejudiciais ao desempenho da atividade-fim.

Ainda que as leis orgânicas dos Estados de modo geral não tragam nenhuma disposição específica nesse sentido, acredita-se que é necessário repensar os critérios de provimento das funções dos membros auxiliares da Corregedoria-Geral com preocupação desse aspecto e, de preferência, criando-se mecanismo colegiado de controle e monitoramento deste tipo de escolha, papel que poderia ser exercido pelo Conselho Superior do Ministério Público. Com isso não se trata de retirar a discricionariedade do Corregedor-Geral na composição sua equipe assegurada pelo artigo 18 da Lei 8.625/93, tratando-se apenas do estabelecimento de critérios para que seu juízo de conveniência e oportunidade seja regrado e desempenhado de acordo com o interesse institucional.

2.6. A Falta de Visualização das Atribuições Extrajudiciais como Prioritárias

Ponto crucial para a compreensão da dificuldade de consolidação do papel constitucional do Ministério Público, especialmente nas áreas extrajudiciais²⁶, diz respeito com a atenção escassa e insuficiente que muitos modelos de relatórios de acompanhamento de estágio probatório, inspeções e correições atribuem às matérias de atuação extrajudicial, notadamente quando se trata de acompanhamento das atividades relacionadas aos órgãos de execução que possuem atribuições cumulativas, o que é comum nas entrâncias iniciais da carreira.

Se o “cartaz” do Ministério Público perante seu público externo não raras vezes vale-se do trabalho desenvolvido nessas áreas, bastando acessar os sítios eletrônicos e os resumos das assessorias de comunicação institucional para que se conclua nesse sentido, chega a ser paradoxal e incompreensível o motivo pelo qual não há prioridade do trabalho correcional para incremento e fiscalização da atuação realizadas nessas áreas. Prova do esquecimento do extrajudicial decorre da constatação de que, nos termos da Resolução n. 43/2009 do CNMP, a preocupação com o tempo é apenas para a atuação judicial, o que se deduz pelo artigo 4º, VI,

falar apenas na preocupação com o “cumprimento dos prazos processuais”; mesmo preceito que, no inciso IX, fala em “participação e colaboração efetiva nas atividades da unidade” sem especificar no que isso consiste.

Ainda que não haja um padrão de avaliação estabelecido de modo unificado e nacional, até onde se sabe e se tem acesso percebe-se que o espaço destinado à avaliação e acompanhamento da atuação extraprocessual merece atenção e ênfase muito aquém da que seria necessária para nortear a atuação do membro do Ministério Público, o que não deixa de ser um desestímulo à implementação de mudança de cultura e consciência no âmbito de diversos membros do Ministério Público. Não fosse assim e, por exemplo, as “conferências” de debate de políticas públicas realizadas em intervalos com periodicidade considerável de modo a mobilizar a sociedade civil não seriam instrumentos de participação popular ainda distante de uma presença e um acompanhamento mais efetivo de parte dos membros do Ministério Público. Cada colega pode avaliar o relatório de correição e inspeção do seu Estado e verificará que, em maior ou menor grau, esta deficiência se repete como verdadeira patologia.

É justamente a falta de cuidado adequado no monitoramento das atividades extrajudiciais²⁷, verificando o que foi instaurado de ofício ou mediante provocação, avaliando na essência a forma como se dá andamento às investigações e não propriamente forçando ou estimulando arquivamentos forçados ou ajuizamento de ações açodadas nas quais buscar-se-á produção de prova na instrução judicial, que, somada a outras hipóteses, traz considerável prejuízo significativo à eficácia do papel institucional. A constatação do que se afirma pode ser verificada pela análise dos atos emitidos pelas Corregedorias-Gerais, os quais, em sua maior parte, passam longe das atribuições extrajudiciais²⁸. No relatório de atividades da Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, apenas consta o órgão de execução e os dados de “feitos recebidos” e “devolvidos”, sequer ficando claro ou havendo espaço para detalhamento das atribuições extrajudiciais. Não fosse a restrição da publicidade relacionada às atividades da Corregedoria-Geral e muitos outros exemplos concretos poderiam ser mencionados.

2. 7. Atribuições Originárias do Procurador-Geral de Justiça e Procuradorias de Justiça como Órgãos que Também Devem Ser Objeto de Fiscalização Correccional

Tendo em vista que as Procuradorias de Justiça são órgãos de execução do Ministério Público do mesmo modo que as Promotorias, considerando que o Procurador-Geral de Justiça e seus assessores no desempenho de atribuições originárias também precisam estar sujeitos à fiscalização, é inexplicável que, justamente sobre esta estrutura ainda tão distante e divorciada do papel ativo e de protagonismo exigido pela Constituição, não haja a devida e permanente fiscalização da Corregedoria-Geral na proporção necessária.

Na definição do artigo 13 da Lei Complementar 40/81, anterior à edição da Lei 8.625/93, cabia à Corregedoria-Geral “inspecionar e regular as atividades dos membros da instituição”, sendo, portanto, mais explícita na inclusão dos Procuradores de Justiça como sujeitos à fiscalização do que previsão diferenciada prevendo apenas “inspeções” nas Procuradorias de Justiça, tal como inscrito no artigo 17, II, da Lei 8.625/93. A falta de uma previsão explícita, contudo, não justifica que seja mantido o prejudicial quadro atual.

A falta de reconhecimento das Procuradorias de Justiça como órgãos sujeitos à fiscalização

da Corregedoria certamente no grau de atenção devido é uma das causas que concorre para a manutenção da situação vergonhosa e constrangedora da realidade do Ministério Público em segundo grau, já notada e percebida pelo próprio CNMP como pode se depreender da Recomendação Administrativa n. 19/2011 (que, aliás, está longe de receber o monitoramento adequado no âmbito de cada unidade, já que até o momento praticamente nulas foram as transformações).

Do mesmo modo, não há razões para que as atribuições originárias do Procurador-Geral de Justiça, incluindo o trabalho realizado por sua equipe de assessores, não esteja sujeito à atividade correcional, nem que seja para levantamento de dados e apontamento estatístico, tudo de modo a permitir que não só os membros, mas o público externo, possam avaliar se o Ministério Público por acaso está sendo mais “municipal” do que “estadual”, eventualmente “forte com os fracos e fraco com os fortes”, o que não é nada irrelevante em tempos nos quais percebe-se pouca atuação na fiscalização dos órgãos de cúpula dos poderes constituídos, aspectos que pontualmente são reportados por alguns órgãos de imprensa.

Prova da ausência de qualquer tipo de controle e acompanhamento desse tipo de atividade de parte das Corregedorias-Gerais reside no fato da maior parte dos Relatórios Anuais dos órgãos sequer contemplarem menção a dados estatísticos dessas atividades²⁹. Sem embargo disso, existem exemplos positivos nos quais as próprias Leis Orgânicas Estaduais ou atos normativos decorrentes estabeleceram, pelo menos do ponto de vista textual, a previsão de fiscalização das Procuradorias de Justiça (é o exemplo do Ministério Público do Espírito Santo que, na sua Lei Orgânica n. 95/97 e no Regimento Interno da Corregedoria-Geral traz dispositivos específicos nesse sentido).

2.8. Necessidade de Assegurar Democracia Interna e Garantir a Capacidade Eleitoral Ativa e Passiva dos Membros no Processo de Eleição e Escolha do Corregedor-Geral

Como ponto crucial na constituição da linha (e lista) de problemas relacionados à atuação da Corregedoria-Geral, não se pode olvidar a inclusão da falta de democracia interna que hoje permite que não só membros do Ministério Público de primeiro grau não possam candidatar-se ao cargo de Corregedor-Geral (capacidade eleitoral passiva), como também sequer tenham direito a voto para escolha deste mesmo Corregedor (capacidade eleitoral ativa).

Esse duplo absurdo bem demonstra a distância que a escolha do Corregedor-Geral guarda com o quadro de membros atuantes na primeira instância que, de modo geral, é justamente o mais alinhado com o perfil constitucional e, via de consequência, o que está mais próximo da população e do cumprimento dos encargos esperados do Ministério Público do tempo presente.

Há urgente necessidade de se rever a limitação para que apenas Procuradores de Justiça possam concorrer ao cargo de Corregedor-Geral, problema agravado pela circunstância de que apenas o Colégio de Procuradores é que escolhe qual será o membro mais votado e apto para o cumprimento das funções. Podendo o Corregedor-Nacional ser um membro atuante em primeiro grau (Promotor de Justiça, Procurador da República, Procurador do Trabalho etc), não há razão para que o cargo de Corregedor-Geral nos Estados seja exclusivo de Procuradores de Justiça, justamente os membros que mais distantes estão do cumprimento da missão constitucional por conta das inúmeras incongruências, para dizer o mínimo, que cercam

a atuação do Ministério Público em segundo grau, como bem evidencia a Recomendação Administrativa n. 19/2011 emanada do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) ainda aguardando implementação. Assim, por conta de previsão de duvidosa constitucionalidade das Leis Orgânicas dos Estados afastarem a possibilidade dos membros de primeiro grau candidatarem-se ao cargo ou mesmo votarem nos pretendentes à função, tal aspecto que precisa ser corrigido nessa releitura que se pretende fazer do papel e do funcionamento da Corregedoria-Geral. A democracia como prática política deve ser cobrada nas ações e, sobretudo, praticada vivamente no espaço interno do Ministério Público sem margem para disposições ou concessões divorciadas do moderno desenho constitucional atribuído à instituição. Nesse sentido a lição de Suxberger³⁰: “O que fazer para que o processo democrático interno do Ministério Público, relativamente aos órgãos incumbidos de sua administração superior, não se converta em simples regras procedimentais e, com isso, esvazie o sentido da democracia como prática política? Como já afirmado, não se cuida na presente investigação de promover mudanças que se resumam a alterações legislativas. Ainda que a alteração de preceitos legais guarde sua considerável força na modificação da realidade, não se nega isso, parece que o déficit de implementação do componente democrático decorre muito mais da necessidade de se repensar as *disposições* dos atores ora abordados, do que alterar as garantias jurídicas formalizadas para sua concretização”.

A propósito disso, não por acaso propõe Cláudio Barros³¹ que deve o Ministério Público “rever a sua prática democrática interna”, aspecto que, na proposta do presente artigo, a partir da reformulação da legislação orgânica nacional (artigo 16 da Lei 8.625/93), inclui necessidade de estabelecimento da capacidade eleitoral passiva (ainda que com filtros específicos, tal como ocorre para a maioria dos Estados que admite que Promotor de Justiça seja candidato a Procurador-Geral de Justiça – ex: 10 anos de instituição) e da previsão da capacidade eleitoral ativa de exercício de voto para Corregedor-Geral em relação a todos os membros. Embora exista diferença de função entre o cargo de Procurador-Geral de Justiça e Corregedor-Geral, não se vislumbra motivo para discrimen de maior restrição de acesso ao segundo cargo do que ao primeiro, seja porque há isonomia na previsão de algumas vedações para Procurador-Geral de Justiça e Corregedor-Geral (mandato de dois anos, possibilidade de apenas uma recondução etc), seja porque, por imperativo prático, cumpre considerar que em diversas unidades, de acordo com a Lei Orgânica, cabe ao Procurador-Geral a homologação ou não da sanção proposta.

2.9. Falta de Padrão Disciplinar

Indiscutível a importância de não apenas abusos e eventuais excessos, mas sobretudo omissões, serem objeto de enfrentamento pelas Corregedorias-Gerais como órgãos de controle interno, em relação às quais há de se cobrar, “cada vez mais, efetividade e resultados”³². Ao lado disso, para completar os desafios e problemas que assolam as Corregedorias-Gerais do Ministério Público brasileiro, chama-se especial atenção para a total falta de padrão para a apuração disciplinar, verdadeira anomalia federativa que muitas vezes prejudica uma atuação mais harmônica e organizada da atividade correcional, inclusive no que diz respeito à fiscalização do CNMP.

Em alguns Estados existe uma comissão disciplinar permanente que processa e sugere uma posição para o Corregedor-Geral, que se posiciona e remete para o Procurador-Geral de

Justiça adotar a sanção que entender cabível; em outros há excessivo papel de protagonismo para a Corregedoria-Geral, matriz inquisitiva perniciosa para que haja um julgamento justo e imparcial do colega que supostamente teria violado deveres funcionais.

Que dizer então do fato de muitas Corregedorias-Gerais não respeitarem princípio básico do direito administrativo que é apenas processarem e darem andamento a reclamações minimamente fundamentadas, sempre com a devida motivação e esclarecimento de qual pode ser o dispositivo da legislação institucional a ser violado, o que faz com que “pedidos de providência” ou procedimentos equivalentes sejam abertos para que sobre estes o membro noticiado se manifeste, quando, em verdade, há de existir filtro adequado naquilo que se instaura e que se processa dentro do órgão, inclusive para evitar que, como muitas vezes acontece, sejam as Corregedorias-Gerais utilizadas para constrangimento de membros do Ministério Público que apenas estão cumprindo com o seu papel, situação que, bem se sabe, quando exercida a contento, gera resistência, diferentemente da omissão e da inércia³³. Nesses casos a atividade da Corregedoria-Geral pode implicar em verdadeiro desestímulo e desserviço à causa do Ministério Público, especialmente para membros recém ingressos na carreira ainda em fase de amadurecimento e aprendizado da atividade profissional.

Não se olvide, ainda, da necessidade da Corregedoria-Geral do Ministério Público trabalhar sob a perspectiva da boa-fé, como se espera de qualquer órgão da Administração Pública que deve guardar respeito aos princípios do artigo 37 da Constituição, o que exige cuidado, por exemplo, para que não se instaure pedido de esclarecimento para situações que já estão sabidamente prescritas a partir da legislação institucional.

Como se vê, de modo geral, não há discussão madura para debater sobre o melhor formato para a apuração das infrações disciplinares dos membros do Ministério Público, sem embargo de que se saiba que a unificação do padrão disciplinar é uma das discussões estabelecidas em sede do CNMP e do próprio Conselho Nacional das Corregedores-Gerais³⁴. Essa ausência de padrão disciplinar prejudica uma discussão mais profunda e pertinente do problema sob um viés nacional e não pelas peculiaridades de cada Estado, as quais não se entende devam propiciar a possibilidade de penas diversas, prazos diversos e procedimentos de apuração absolutamente heterogêneos.

2.10. Falta de Transparência e Acesso Adequado à Informação na Divulgação das Atividades e Prestações de Contas das Corregedorias-Gerais

Como ponto derradeiro das problemáticas expostas, e de certo modo entrelaçando-as sob uma perspectiva comum, basta um breve passeio pelos sítios eletrônicos das Corregedorias-Gerais de norte a sul do Brasil para perceber que o órgão primordialmente responsável pelo controle dos membros do Ministério Público, de modo geral, não compartilha dados mínimos da sua atuação. Quando há “link” próprio no site institucional, quase sempre consta apenas os dados da equipe e o endereço, seguidos, em algumas hipóteses, do calendário das correições (sim, as mesmas correições que levam dois anos ou mais muitas vezes para se fazerem presentes nas unidades quando, em verdade, a tecnologia permite avaliação direta e permanente), às vezes havendo indicativos de atos praticados, a legislação ou normatização pertinente. Apenas em algumas unidades consta menção aos relatórios de atuação, os quais são elaborados nos formatos mais diversos.

Com efeito, há grande heterogeneidade sobre o nível das informações disponíveis nos sítios eletrônicos dos Ministérios Públicos Brasileiros. Falta uma taxonomia adequada e uma padronização que permita visualização clara e pertinente dos principais aspectos relacionados às suas atividades.

Apesar do CNMP ter editado diversas Resoluções específicas para tratar da transparência (n. 38, 66, 75 e 86, por exemplo), inclusive em atenção à recente Lei de Acesso à Informação, não houve nenhum avanço nesse sentido. Em muitas páginas das instituições não se detecta com facilidade o “link” específico para acesso às atividades da Corregedoria-Geral (ex: MP-RS), em outras, embora exista “link” próprio, nele apenas constam poucos atos normativos expedidos desde determinado período, sem menção aos os relatórios anuais (ex: MP-PR); de outro lado, em determinadas unidades existe um “link” próprio com as informações mais detalhadas e completas (ex: MP-SC). Não se encontrou nenhuma unidade que compartilhe acesso às consultas formuladas.

Saliente-se que para os Ministérios Públicos que possuem Diário Eletrônico próprio, como é o caso do MP-RS e MP-SC, por exemplo, ainda é mais fácil consultar dados da Corregedoria-Geral, razão pela qual é possível dizer que a existência ou não desses instrumentos potencializam ou prejudicam ainda mais o anseio de transparência que o “fiscal de todos” há de manter como exemplo de abertura e integração com a sociedade civil brasileira destinatária dos seus serviços.

Melhorar a quantidade e a qualidade das informações disponíveis ao público externo é requisito que deve integrar a pauta da Corregedoria-Nacional do CNMP e das próprias Corregedorias-Gerais nas respectivas unidades, inclusive para que não se faça uso distorcido do discurso de que “não há controle adequado sobre o Ministério Público”.

Como desdobramento dessa problemática, um problema específico no contexto do debate crítico sobre a insuficiência orgânica das Corregedorias-Gerais para o cumprimento do seu papel, especialmente no que tange à demanda de transparência, passa pela ideia equivocada de que os procedimentos em trâmite na Corregedoria do Ministério Público devem ser sigilosos como regra, dado que apenas aumenta a dificuldade de explicar os acertos e os muitos erros desta instância de fiscalização no cumprimento de seu papel definitivamente não há mais sentido para que seja regra o estabelecimento de sigilo sobre dados produzidos pela Corregedoria-Geral do Ministério Público sobre os seus membros a pretexto de preservar o membro, salvo situações especialíssimas³⁵ que o sigilo decorra de resguardo de garantia constitucional assegurada (sigilo bancário, sigilo fiscal, aspecto relativo ao desempenho da vida privada, etc). Sabe-se que o estabelecimento de “sigilo” e “segredo” sobre as atividades da Corregedoria constitui premissa inquisitória divorciada de quem se espera a fiscalização do Ministério Público como uma das principais instituições de extração constitucional do Estado Democrático de Direito. Pior do que isso, só o mesmo o fato de em alguns Estados estabelecer-se sigilo em relação a tudo o que diz respeito a uma determinada unidade ou órgão de execução, inclusive o relatório de inspeção e correição, o que acaba impedindo o conhecimento de dados e fatos relevantes de parte do membro responsável pela unidade, especialmente em casos de sucessão e transição, como se a fiscalização e os dados com ela obtidos fossem apenas de ordem individual e interessassem apenas ao membro avaliado, não a quem lhe suceder ou mesmo aos que servem junto à referida unidade. Atualmente, de maneira geral, a única forma de se dar publicidade a procedimentos adotados pela Corregedoria-Geral, e isso para alguns Estados ou unidade federativas em que a legislação

orgânica, assim permite, é o próprio membro do Ministério Público investigado abrir mão do sigilo do seu procedimento para que isso seja de conhecimento de todos. Mesmo quando há este desejo e desprendimento de parte do membro investigado, evidente que não existem regras, muito menos meios de esclarecer como é que se dará esta publicidade, já que os sistemas de informação utilizados pelo Ministério Público normalmente não trazem categorias ou informações relativas ao trabalho da Corregedoria-Geral. Não há sentido algum que não exista a previsão de arquivo de dados relevantes sobre as inspeções e correições realizadas na unidade, a avaliação boa ou má dos serviços, especialmente quando a falta desses dados dificulta, quando não impede, a efetiva gestão eficiente da unidade, seja no aspecto administrativo, seja no cumprimento da atividade finalísticas propriamente dita. Demonstrando que é possível avançar nesse sentido cita-se o exemplo da Corregedoria Nacional do CNMP disponibilizar de modo acessível ao público os relatórios de todas as correições e inspeções já realizadas³⁶.

3. Conclusão

Muito mais poderia ser dito ou mesmo exemplificado a título da *parresia*³⁷, contudo a absoluta indigência e falta de dados e prestações de contas sobre o trabalho desenvolvido pelas Corregedorias-Gerais impede que se avance nesse sentido. Mais do que um funcionamento voltado para a “apuração de irregularidades”, é preciso que as Corregedorias-Gerais tenham em conta que o fortalecimento e o aperfeiçoamento do Ministério Público também dependem de suas atividades, conscientização já plasmada de modo expresso na sistemática de trabalho da Corregedoria-Nacional, ainda que a Resolução n. 43/2009 do CNMP necessite de diversos complementos reestruturadores de sentido³⁸. Reconhecendo-se que o Ministério Público é um relevante sujeito político-jurídico na realização do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, parágrafo único, da Constituição) previsto constitucionalmente, constituindo instância da sociedade civil para fiscalização dos poderes constituídos na efetivação das políticas públicas realizadoras de direitos fundamentais, torna-se imperioso reconhecer que a maturidade institucional depende de uma pluralidade de fatores (seleção adequada e vocacional dos membros, estruturação adequada e organizada das atividades etc), dentre os quais inclui-se a importância no estabelecimento de um rigoroso e efetivo processo de prestação de contas e de “accountability”. Enfim, é chegada a hora de modernização e atualização da sistemática de funcionamento das Corregedorias-Gerais³⁹, o que há de ser feito de modo independente à previsão da possibilidade de apuração ordinária e independente de parte da Corregedoria-Nacional⁴⁰.

Longe da “crítica pela crítica”, a proposta do presente artigo é enaltecer a importância do controle interno, algo que deve ser levado realmente a sério sob o ponto de vista epistemológico e metodológico para aprimoramento e consolidação do papel constitucional do Ministério Público brasileiro. Ao contrário de se direcionar especificamente para uma outra unidade da Corregedoria-Geral, importante deixar claro que este artigo reconhece (e imagina a probabilidade) que, a despeito de exemplos positivos e importantes iniciativas isoladas existentes numa e outra unidade, de modo contextual geral há muito que a se estudar e pesquisar para incremento das atividades de orientação e fiscalização que cabem às

Corregedorias-Gerais. Não se quer aqui fazer particularismo nem assegurar que todas as unidades puderam ser examinadas (já que de modo geral trabalhou-se apenas com os dados disponíveis derivados de exame aleatório a exemplos pontuais), mas sim mostrar que é possível, ainda que por amostragem, em escala muito pequena, apontar temáticas adequadas para reflexão sobre a necessidade de mudança e transformação no papel a ser exercido pelo órgão da Administração Superior. Se diversas críticas aqui feitas não correspondem à realidade de algumas unidades das Corregedorias-Gerais, forçoso compreender que a falta de referência nesse sentido decorre da prática de sigilo e segredo impedir o conhecimento e a valorização de experiências positivas. Refletir e implementar mudança sobre 10 (dez) aspectos problemáticos mencionados para aprimoramento das Corregedorias-Gerais em busca de uma nova identidade, essa a proposta do presente artigo.

4. Referências Bibliográficas

- ABREU, Alzira Alves. **O que é o Ministério Público?** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010.
- ARANTES, Rogério Bastos. **Ministério Público e política no Brasil.** São Paulo: Educ, Editora Sumaré, Fapesp, 2002.
- BARROS, Cláudio. **Abusos e omissões do Ministério Público e de seus membros**". In: RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves. **Ministério Público: reflexões sobre princípios e funções institucionais.** São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 213-240.
- BERCLAZ, Márcio Soares. **O Ministério Público em segundo grau diante do enigma da esfinge (e a Constituição da República): Decifra-me ou devoro-te.** In: RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves. **Ministério Público: reflexões sobre princípios e funções institucionais.** São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 241-285.
- 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. ROSENVALD, Nelson. **Temas atuais do Ministério Público, 4ª edição,** 2013.
- BERCLAZ, Márcio Soares. **A Corregedoria-Geral do Ministério Público e a necessidade de redefinição do seu papel de orientação e fiscalização dos membros no compromisso de cumprimento e concretização do planejamento estratégico-institucional.** In: <http://www.gnmp.com.br/publicacao/91/a-corregedoria-geral-do-ministerio-publico-e-a-necessidade-de-re-definicao-do-seu-papel-de-orientacao-e-fiscalizacao-dos-membros-no-compromisso-de-cumprimento-e-concretizacao-do-planejamento-estrategico-institucional>, acesso em 26 de agosto de 2013.
- CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 13. Anais: **O Ministério Público Social.** Curitiba: Associação Paranaense do Ministério Público: Confederação Nacional dos Membros do Ministério Público, 1999.
- FOUCAULT, Michel. **A coragem da verdade.** São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- GOULART, Marcelo Pedroso. **Uma teoria geral de Ministério Público.** Belo Horizonte: Arraes, 2013.
- GRAMSCI, Antonio. **Cadernos do Cárcere, volume 1.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.
- SOUZA, Luciano Machado de. **O Ministério Público e a defesa da Constituição e da**

Democracia. Dissertação de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR, 2011.

SLOTERDIJK, Peter. **Crítica da razão cínica.** São Paulo: Estação Liberdade, 2012.

STRECK, Lenio. **Compreender Direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2013.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. **Ministério Público e política criminal: uma segurança pública compromissada com os direitos humanos** Curitiba: Juruá, 2011.

1 Temática: Política Institucional e Administrativa. Síntese dogmática: O presente artigo procura estabelecer dez pontos problemáticos para reflexão e aperfeiçoamento das Corregedorias-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados no cumprimento da sua relevante missão de controle, orientação e fiscalização. Propõe-se, em linhas gerais, caber às Corregedorias-Gerais: 1) atuação planejada das atividades tendo como pauta os planos gerais de atuação, o planejamento estratégico-institucional, sem prejuízo de outras propostas alinhadas com o perfil constitucional; 2) exercício de cobrança e monitoramento para estruturação dos órgãos auxiliares necessários ao cumprimento das funções dos órgãos de execução, notadamente as atividades extrajudiciais de cunho coletivo; 3) atuação mais efetiva e de ofício para assegurar justa e equitativa distribuição de serviço e divisão de atribuições; 4) adoção de critérios objetivos de avaliação e suporte metodológico e científico adequado nas atividades, além de aparato instrumental adequado; 5) recomenda-se que a formação da equipe da Corregedoria e dê por atos administrativos motivados que assegurem critérios técnicos adequados para provimento das funções de Promotor-Corregedor ou Promotor-Assessor, resguardada a necessidade de se demonstrar comprovada experiência acadêmica ou técnico-profissional de modo a garantir especialidade em todas as áreas de atuação ministerial; 6) afirma-se a necessidade de espaço adequado para análise e avaliação das atividades extrajudiciais no mínimo em patamar de igualdade com as tradicionais atribuições judiciais; 7) propõe-se maior ênfase e efetividade na fiscalização das atividades das Procuradorias de Justiça e nas atribuições originárias do Procurador-Geral de Justiça; 8) sustenta-se necessidade de revisão da legislação orgânica nacional para reconhecer expressa e textualmente a possibilidade de todos membros candidatarem-se ao cargo de Corregedor Geral (capacidade eleitoral ativa), assegurada também a universalidade do voto (capacidade eleitoral passiva) nos mesmos parâmetros; 9) estabelecimento de regras gerais de padrão disciplinar adequado que possa ser fomentado e controlado, em último grau, pelo CNMP, incluindo-se aí critérios objetivos para instauração de expedientes, modalidades de sanções e prazos prescricionais; 10) definição da publicidade como regra norteadora dos atos das Corregedorias-Gerais em atenção ao princípio constitucional da publicidade (artigo 37, “caput”, da Constituição) e da Lei de Transparência e Acesso à Informação (Lei 12.527/12), resguardado o sigilo apenas para situações excepcionais e justificadas.

2 Doutorando em Direito das Relações Sociais pela UFPR. Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Sócio-fundador do Grupo Nacional de Membros do Ministério Público (GNMP) e Vice-Presidente do Movimento do Ministério Público Democrático (MPD). Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado do Paraná. Email para contato: marcioberclaz@gmail.com.

3 ABREU, 2010, p. 50: “Para controlar e fiscalizar as políticas públicas, exigir a prestação de um serviço que atenda bem toda a comunidade, a ação do Ministério Público nem sempre corresponde às atribuições que lhe foram dadas pela Constituição”.

4 GRAMSCI, 2004. p. 108: “Neste processo de difusão (que é, simultaneamente, de substituição do velho e, muito frequentemente, de combinação entre o novo e o velho) (...) quando determinada pessoa já se encontra em crise intelectual, oscila entre o velho e o novo, perdeu a confiança no velho e ainda não se decidiu pelo novo”. A lembrança é de Gramsci, cabendo lembrar que Marcelo Pedrosa Goulart, Promotor de Justiça em São Paulo, autor célebre da temática institucional, foi pioneiro na importância que as reflexões de Gramsci podem trazer para o debate crítico do Ministério Público como instituição.

5 Como ocorre no âmbito do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios, na forma do artigo 161 da Lei Complementar n. 75/93: “Art. 161. O Colégio de Procuradores e Promotores de Justiça, presidido pelo Procurador-Geral de Justiça, é integrado por todos os membros da carreira em atividade no Ministério Público do Distrito Federal e Territórios”.

6 E o episódio da Proposta de Emenda Constitucional n. 37 há de servir como lição, já que ainda se tem um controle externo difuso da atividade policial reconhecidamente deficiente e inadequado (artigo 129, VII, da Constituição), o que em muito se deve à falta de atuação adequada das Corregedorias-Gerais na priorização desse aspecto. Não fosse o brado das ruas e o apoio popular e, provavelmente, pelo menos na batalha legislativa da Câmara dos Deputados, teria o Ministério Público perdido a relevante, necessária e coerente atribuição que lhe garante não só a titularidade da ação penal (artigo 129, I, da Constituição), mas também os necessários poderes investigatórios.

7 ARANTES, 2002, p. 304.

8 ABREU, 2010, p. 115: “A avaliação é de que ‘a polícia faz menos do que deveria e poderia fazer nestes casos de homicídios; e o Ministério Público por sua vez, que deveria cobrar mais eficácia e celeridade do trabalho policial, limita-se, na maioria dos casos, a despachos lacônicos que apenas prorrogam os prazos ou ratificam as solicitações do Delegado (Heringer et al, 1994). Os autores da pesquisa mostram ainda que ‘muitos foram os inquéritos em que constatou-se negligências por parte tanto dos policiais quanto do Ministério Público. Há desde casos extremos – em que o inquérito tem o andamento apenas de dois meses (embora tenha sido recolhido para pesquisa um ano depois de instaurado), contendo o Registro de Ocorrência e

uns poucos termos de declaração – até inqueritos que, apesar de bem instruídos, contém falhas na solicitação de peças à polícia técnica, por exemplo, sem que o Ministério Público tenha se manifestado em relação às mesmas (Heringer et al., 1994: 38)”.

- 9** Exemplo positivo de atuação nesse sentido, contudo, decorre da Recomendação n. 01/2012, de 30 de abril de 2012, da Corregedoria-Geral do Ministério Público do Tocantins, documento no qual consta preocupação expressa com aspectos relacionados ao controle externo difuso da autoridade policial.
- 10** BARROS, 2011, p. 238.
- 11** ABREU, 2010, p. 58: “(...) destaca-se a indicação da fragilidade da estrutura de auxílio aos promotores. Numa comparação com o Poder Judiciário, ficou evidente que a administração do Ministério Público precisa ser atualizada. Para cada 100 servidores na Justiça, há sete servidores no Ministério Público. Em áreas rurais, a disparidade é ainda maior. Existem localidades no interior do país onde (...) os servidores são poucos”.
- 12** SUXBERGER, 2011, p. 180.
- 13** Exemplo concreto desta falha pode ser encontrado na inspeção realizada pela Corregedoria-Nacional no MP-PI, onde foram constatadas “discrepâncias” e falta de “isonomia” na estruturação dos órgãos de execução, tendo sido dado exemplo de unidades vinculadas às varas cíveis e da fazenda pública como exemplo.
- 14** Mesmos atos editados recentemente, como o Ato n. 02/2010 da CGMP-PI, por exemplo, padecem desses problemas.
- 15** http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/corregedoria_geral/Ficha_de_Conceito.
- 16** O Manual de Atuação Funcional do MP-SP, por exemplo, foi editado em 2010. Por intermédio do Ato Normativo 675/2010 PGJ-CGMP.
- 17** ABREU, 2010, p. 56: “A fiscalização dos atos de abuso de poder e da defesa de direitos coletivos (...) a prestação de contas do trabalho realizado pelo Ministério Público (...) são motivos de debates entre seus membros. O que a atuação do órgão parece indicar é que se trata de uma instituição altamente burocratizada, rotineira e com baixos índices de eficiência. A maneira como são feitos o controle da administração pública e a defesa da moralidade e probidade administrativa no estado tem suscitado muitas críticas dentro do próprio Ministério Público”.
- 18** Nesse sentido, muito mais relevante do que “controlar tempo de júri” de membro do Ministério Público (como já se ouviu dizer que teria sido feito em determinadas situações), ou mesmo afirmar orientações equivocadas do tipo “sempre tem que voltar para a réplica”, cabe à Corregedoria-Geral discutir e orientar membros do Ministério Público em preocupações efetivamente relevantes, como escolha de jurados, critérios para aceitação e recusa, estratégia de estudo e de exposição das provas, mecanismos de prevenção de nulidades, política de comunicação e de contato com familiares da vítima, maneira de comportamento em Plenário em relação à parte adversa e seu comportamento, apartes etc.
- 19** O “ementário” da Corregedoria-Geral do Rio Grande do Sul, por exemplo, possui 299 anotações, das quais, propriamente relacionadas à atuação extrajudicial, existem apenas 50 (cinquenta) enunciados.
- 20** Não obstante sejam comuns negativas nesse sentido, não se obteve nenhum modelo de relatório no qual se verificasse observância com a atenção devida a este aspecto.
- 21** Para que se tenha uma ideia, entre os anos de 2010 a 2012, a relação de procedimentos arquivados sem aplicação de penalidade e de penalidades aplicadas é de 3060 para 75 (2010), 4286 para 78 (2011) e 81 para 3895 (2012), mostrando um índice médio de apenas 2,08% de aplicação de penalidade.
- 22** STRECK, 2013, p. 51: “(...) não imaginávamos o ‘estado de natureza hermenêutico’ provocado pelas teorias voluntaristas (...) Nem de longe poderíamos imaginar essa onda ‘solipsista’ que se espalhou pós-Constituição de 1988 (...) Por certo que, atualmente, nossa tarefa enquanto viventes de uma democracia constitucional, é criar as condições para extirpação de qualquer tipo de decisionismo. (...) Por isso, minha cruzada, de há muito, está assentada na necessidade de se criar anteparos à atividade decisória, num contexto democrático de legitimação (é a Teoria da Decisão que proponho).”
- 23** Certa feita tive acesso a orientação da assessoria da Corregedoria questionando o fato de colega ter ampliado o foco de uma denúncia individual para verificar o problema sob aspecto coletivo, reprimenda feita sem o menor sentido quando, em verdade, a postura adotada deveria ser digna de elogio, já que há de se buscar sempre partir do individual para o coletivo, inclusive por uma questão de lógica e racionalidade própria de uma sociedade que estabelece conflitos massificados e muitas vezes repetidos, devendo o Ministério Público buscar atuar no “atacado” e não apenas no “varejo”. Não se diga que a independência funcional é obstáculo para isso, na medida em que muitas das orientações necessárias podem ser feitas no âmbito da esfera extrajudicial, área na qual é menor o espaço para que se alegue imperativo de convencimento ou consciência em sentido diverso.
- 24** Tudo sem prejuízo de que, muitas vezes, haja maior senso de zelo pelas prerrogativas institucionais do Ministério Público de parte do Tribunal de Justiça, no julgamento das tradicionais “correções parciais” para atos abusivos ou tumultuários adotados pelo Judiciário, do que adoção de providências de parte das Corregedorias-Gerais, sabendo-se de exemplos concretos nesse sentido (por exemplo: debates relacionados à requisições de diligências indeferidas pelo Juízo ou mesmo direito e prerrogativa dos membros do Ministério Público no recebimento de carga e intimação pessoal dos processos na sede da instituição, especialmente quando esta se dá em local diferenciado do “Fórum” como estrutura do Poder Judiciário).
- 25** Aspecto importante a ser estudado e pesquisado, embora não integre a proposta do presente trabalho, diz respeito à reflexão quanto o número de membros adequados para desempenho da atividade, percebendo-se grande variação de acordo com a situação de cada unidade. Para que se tenha uma ideia, na Região Sul, o número de membros auxiliares (excetuado o cargo de Sucorregedor-Geral) no RS, SC e PR é respectivamente de 12, 05 e 07. Em São Paulo, maior unidade do país, são

apenas 13 os assessores; no RJ, são apenas 5 assessores, ainda que existam 2 cargos de Subcorregedor-Geral; no ES são apenas 3 assessores etc.

- [26](#) Não se olvide a valiosa lição extraída do XIII Congresso Nacional do Ministério Público, realizado entre 26 e 29 de outubro de 1999, que resultou na “Carta de Curitiba”: “Faz-se indispensável que os membros do Ministério Público atuem como agentes políticos transformadores da realidade social, superando a perspectiva meramente formalista e processual de sua atuação”.
- [27](#) A lógica equivocada de se avaliar apenas “entrada e saída” de procedimentos, por exemplo, consta no artigo 4º, II, da Resolução n. 43/2009 que trata do tema.
- [28](#) No âmbito da Corregedoria-Geral do Ministério Público do Paraná, por exemplo, a única preocupação que se percebe no âmbito extrajudicial consiste na emissão de Recomendações Administrativas padrões, a cada ano (ex: 01/2010, 01/2011, 01/2012 e 01/2013) salientando a importância de serem concluídos procedimentos instaurados até determinada data, aspecto que pode ser criticado do ponto de vista prático não só pela falta de conteúdo de efetiva orientação (o que deve ser feito, como deve ser feito, qual a estrutura disponível e as orientações concretas etc), mas por igualar situações por vezes distintas (ex: procedimento que apura improbidade administrativa e procedimento antigo que apura ressarcimento ao erário).
- [29](#) Exemplo interessante e relevante nesse sentido está no fato da Relatório Anual de Atividades da Corregedoria-Geral do MP-SC, o qual mantém dados sobre as estatísticas das Procuradorias de Justiça e, inclusive, a partir de 2012, incorpora campo estatístico específico das atribuições originárias da Procuradoria-Geral de Justiça. O mesmo vale, por exemplo, para o Relatório da Corregedoria-Geral de 2011 do MP-TO, que prevê dados estatísticos de efeitos envolvendo a Procuradoria-Geral e menciona realização de correição em 09 (nove) Procuradorias de Justiça.
- [30](#) SUXBERGER, 2011, p. 179/180.
- [31](#) BARROS, 2010, p. 238.
- [32](#) BARROS, 2010, p. 239.
- [33](#) ABREU, 2010, p. 56: “Sem dúvida, há promotores e procuradores que buscam cumprir as atribuições que lhe foram dadas pela Constituição. Mas, de acordo com os depoimentos que colhemos, há uma tendência ao comportamento burocratizado”.
- [34](#) A 86a Reunião do Conselho Nacional de Corregedores-Gerais, realizada em Florianópolis-SC, em 03 de maio de 2013, tratou, em painel específico, da “unificação de procedimentos disciplinares pelas Corregedorias”.
- [35](#) Não se desconhece e não se ignora que diversos membros mostram receio de que a publicidade como regra traga excessiva exposição relativo aos dados de sua atuação funcional. De qualquer modo, sem prejuízo de que exceções pontuais possam ser estabelecidas, acredita-se que a sistemática de sigilo aplicada atualmente pela maioria dos órgãos correccionais atua em maior desfavor do membro eventualmente implicado, até mesmo porque a falta de esclarecimento sobre o que se apura permite projeções e imaginação de situações que extrapolam a realidade dos fatos, o que por vezes pode se mostrar muito mais danoso.
- [36](#) Até o momento da elaboração do presente artigo constam realizações de Correições no Ceará e no Pará, bem como Inspeções no Piauí, Alagoas, Pará, Amazonas, Paraíba, São Paulo, Rio Grande do Norte, Roraima, Mato Grosso do Sul, Rio de Janeiro e Acre.
- [37](#) FOUCAULT, 2011, p. 4: “Este ano, gostaria de continuar o estudo da fala franca, da *parresía* como modalidade do dizer-a-verdade. (...) Não se trataria, de modo algum, de analisar quais são as formas do discurso tais como ele é reconhecido como verdadeiro, mas sim: sob que forma, em seu ato de dizer a verdade, o indivíduo se constitui e é constituído pelos outros como sujeito que pronuncia um discurso de verdade, sob que forma se apresenta, a seus próprios olhos e aos olhos dos outros, quem diz a verdade (...)”.
- [38](#) Diversos aspectos defendidos no âmbito deste trabalho já poderiam ter sido sinalizados, notadamente: 1) necessidade de se pensar a orientação e fiscalização para além de uma ideia genérica de “regularidade” e “eficiência” divorciada de parâmetros – artigo 2º da norma referida; 2) necessidade de esclarecer a necessidade de prévios comunicados a espaços nos quais a atuação do Ministério Público é relevante, como conselhos sociais em funcionamento na Comarca; 3) falta de parâmetros adequados de planejamento da avaliação; 4) falta de destaque para a importância de exame das atividades extrajudiciais etc.
- [39](#) Neste sentido, analisando o Relatório de Gestão 2011/2013 da Corregedoria-Nacional do CNMP percebe-se importantes avanços, seja na concepção da abrangência da fiscalização (também voltada para unidades situadas no interior do Estado), seja pela criação de setor específico garantindo a continuidade do trabalho, sendo exemplo a criação de Núcleo de Inspeção e Correição.
- [40](#) De certo modo consolidada pelo entendimento firmado na ADI 4638 em relação ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

O MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO DO FUTURO:

Recrutamento de novos membros, objetivação da unidade ministerial, unificação das “instâncias ministeriais” (fim da dicotomia Promotor X Procurador de Justiça), racionalização, núcleo constitucional recursal e unificação do MP pelo CNMP.

Marconi Antas Falcone de Melo

1. Justificativa/Fundamentação

O Ministério Público do futuro necessita de mudanças que o tornem mais eficiente e democrático. Elegi pontos sensíveis, que necessitam de reflexão e mudanças. Muitas conquistas foram feitas pelos valorosos membros Promotores e Procuradores de Justiça, todavia é hora de unificarmos a carreira, para que possamos atender às demandas do futuro. Somos todos Promotores de Justiça, apenas precisamos unificar o nome e as atribuições. Somente isso já justifica este modesto trabalho. Abaixo a fundamentação, em cinco tópicos, de mudanças essenciais. Algumas mudanças pela simples interpretação do ordenamento vigente e outras de “lege ferenda”. Vamos a reflexão, vestindo o véu da ignorância proposto por John Rawls em sua teoria da justiça, em que devemos nos colocar na posição original, supondo ainda não estar ocupando nenhuma posição social, para que decidamos o futuro da instituição, como se ainda não estívéssemos nela. Somente assim conseguiremos pensar com igualdade.

1.1. O Recrutamento de Novos Membros

No Ministério Público brasileiro, está bastante equivocado o método de recrutamento de novos membros. Os concursos públicos têm gerado uma indústria de memorização de informações superficiais, a qual gera o recrutamento de alguns membros sem vocação institucional para os misteres da carreira. Recrutar é selecionar com inteligência para os fins institucionais.

Trata-se de um procedimento vigente de seleção que gera a indústria do concurso público, em que o candidato memoriza uma série de informações superficiais de todos os ramos jurídicos, para, ao final, aprovado exercer vitaliciamente o cargo, para o qual, muitas vezes, não está preparado. Em um procedimento como este é impossível se aferir a vocação dos candidatos, bem como seu comprometimento ético com a ideologia da instituição.

Existe, no Brasil, uma série de cursinhos que promovem esta ideologia do “concurseiro” vitorioso. Os cursinhos trabalham com uma superficialidade imensa de informações jurídicas, mas sem trabalhar ética, antropologia, filosofia e sociologia. A vinculação aos enunciados normativos é a regra, abrindo-se mão de uma formação do direito no campo político, histórico,

econômico, cultural e sociológico. Prioriza-se a estrutura formal do direito nas provas.

Nos concursos, há uma bateria de questões desconexas, em que - muitas vezes - delega-se a elaboração da prova a uma instituição, que sequer conhece as atribuições ministeriais. A objetivação de questões é um procedimento falho, que despreza a principal arte do ser humano: a escrita. A prova subjetiva terá melhores condições de aferir na primeira fase do que a de múltipla escolha. Em uma prova subjetiva a profundidade e densidade do candidato podem ser aferidas. Já na prova objetiva não. Sugiro a extinção de provas objetivas na carreira do Ministério Público. Não importa se haverá muito trabalho de se corrigir, inicialmente, as provas subjetivas. Somente com mais trabalho é que se selecionarão melhores candidatos a membros.

Por outro lado, pode haver uma solução alternativa, caso se queira manter a prova objetiva. A prova objetiva, com respostas de múltipla escolha, emprega método de avaliação de aplicação universal, o qual, não sendo adotado de modo capcioso e exclusivo, mas de modo racional e como parte de um processo integrado por várias fases em que se empregam métodos diversos, é meio eficiente de avaliação e pode não ser abolido, caso se entenda a última tese radical. Para se homenagear os candidatos de preparação mais sólida e completa, em detrimento daqueles que foram (mal) formados e instruídos em “cursinhos”, o fator decisivo não será o tipo da prova, mas o conteúdo da prova, em relação ao qual, deve-se atentar para a pertinência temática das abordagens nos exames; a sua referibilidade a problemas concretos a demandarem atuação prioritária por parte dos futuros membros do Ministério Público; o desapego a classificações doutrinárias superficiais e estéreis engendradas por autores de duvidosa intencionalidade acadêmica.

Na prova subjetiva podem ser direcionados tópicos para que os candidatos escrevam, envolvendo conteúdo multidisciplinar. O texto normativo e enunciado de súmulas e jurisprudência também deve ser cobrado como parâmetro inicial, mas não somente estas informações básicas. Somente com tal cobrança, permite-se aferir a desenvoltura dos candidatos nos casos mais complexos, em que a legislação é contraditória e ambígua. É importante que, no edital da prova subjetiva, já conste a bibliografia sugerida pela banca, evitando-se ofensa ao princípio da igualdade. Para que a multidisciplinariedade exigida seja de conhecimento de todos os candidatos, bem como que os candidatos leiam o que for interessante para instituição.

É importante que na prova subjetiva os examinadores corrijam todas as provas atribuindo-se notas, as quais serão consideradas em média aritmética. Evita-se o foco em apenas examinadores isolados. Pode-se também descartar a maior e menor nota por uma questão de segurança. Aqui se diminui a margem de benefício ou prejuízo, caso o examinador reconheça a prova de algum candidato pela forma de escrever.

Na prova prática, devem se evitar questões capciosas, provas com espelho, que limitam a criatividade de quem vai escrever. Os examinadores têm que ter maior discricionariedade na correção das provas, aferindo a densidade do candidato a membro. A prova não pode se identificada, para não se gerar fraudes. Ao invés de um espelho apenas de correção haveria um espelho de tópicos na questão, a respeito de casos práticos já enfrentados pelo Ministério Público, em que se exija do candidato as soluções judiciais, extrajudiciais e de controle de constitucionalidade pertinentes ao caso, em que se teve uma decisão, na prática, favorável ao Ministério Público. Isso evita a cobrança de questões meramente hipotéticas, que não acontecem na vida prática.

Na prova prática ainda, ao invés de apenas duas peças, deveriam ser exigidas quatro, quais sejam: uma denúncia, uma ação civil pública, uma cautelar que envolva investigação de crime organizado e um recurso.

A prova oral, por outro lado, não agrega em nada ao certame, também devendo ser extinta do concurso, devendo os aspectos de oratória e desempenho social serem aferidos no curso de formação, após o membro já está aprovado nas provas de conhecimento geral. Em uma proposta alternativa poderia a oratória ser avaliada em uma prova de tribuna, ofertando-se um caso ao candidato, para que em 24 horas ele faça a sustentação do caso, seja no tribunal do júri ou em audiência simulada do processo comum.

O curso de formação será mais uma etapa do concurso em que se poderão avaliar as habilidades orais dos candidatos e até que ponto sua timidez e introspecção podem dificultar e ajudar na atividade do Ministério Público, ponderando-se tais valores. O curso de formação não pode mais ser meramente palestras para quem já está aprovado. Deve ser a fase mais importante do concurso, em que é analisado se o candidato tem o perfil da instituição. Devem-se desprezar as notas das outras fases, buscando a banca recrutar os mais capazes e combativos, diante das tarefas impostas no curso. O curso de formação deve ser eliminatório, analisando-se a capacidade, produtividade, combatividade e ética do candidato a membro. Os setores de inteligência do Ministério Público devem se envolver no recrutamento, evitando que candidatos do crime organizado não se infiltrem na instituição, bem como candidatos que não tenham comprometimento com interesse público. A distribuição de tarefas difíceis e que exijam disposição do candidato é um primeiro passo.

Por outro lado, caso a instituição entenda por manter a prova oral, deve-se operar mecanismos que favoreçam o controle sobre a aplicação concreta do princípio da impessoalidade, minimizando-se os riscos. Eis alguns desses mecanismos: a prova oral deve ser aplicada obrigatoriamente em sessão pública; deve haver registros audiovisuais de tal sessão, disponível para qualquer interessado; deve haver espelhos de avaliação para todas as questões aplicadas nas arguições orais, como já dito antes, espelhos como tópicos da pergunta; bem como necessita ser realizada no mesmo dia para todos os candidatos.

Necessidade de um estágio probatório e curso de formação real. Deve o curso de formação ser uma etapa complementar do concurso, com uma reprovação ainda intensa. Toda a equipe de inteligência do MP deverá se envolver nesta fase, para aferir se há candidatos que não se adequam ao perfil do Ministério Público, em virtude de suas condutas privadas e de suas condutas nas tarefas postas no curso. O curso de formação deverá selecionar os de perfil institucional.

Necessidade de escolher um menor número de candidatos de cada vez, o que necessariamente demandará repetir-se o processo de recrutamento com maior frequência, se possível anualmente. O candidato somente poderá concorrer até três vezes na seleção, para que não adquira um perfil artificial.

Mesmo quem aprovado no curso de formação, como etapa eliminatória do concurso, também deve ser exonerado em estágio probatório, caso após aprovado, mantenha-se desidioso ou sem exercer plenamente suas atribuições ministeriais.

O curso de formação deve ocupar momento anterior ao estágio probatório, como etapa classificatória e eliminatória do concurso, somente ingressando no estágio probatório quem for aprovado no curso de formação, como última etapa do concurso. Durante o curso de formação, o aluno e ainda candidato a membro deve receber uma bolsa no valor de um quarto

do subsídio mensal do cargo inicial de carreira, apenas para custear suas despesas.

O Órgão de Segurança Institucional do Ministério Público deve produzir informação ou conhecimento, tanto para o curso de formação, quanto para o estágio probatório, sendo proporcional a intervenção nos direitos fundamentais, pois garantindo um direito constitucional mais relevante: o recrutamento de um membro do Ministério Público que atenda aos interesses sociais e a complexidade da modernidade social.

É necessária uma Escola do Ministério Público e doutrina própria em diversas áreas a ser desenvolvida, missão também da Escola.

A recomendação é que a etapa eliminatória e classificatória do curso de formação seja de 6 meses no mínimo, como fase do concurso, conteúdo programático a desenvolver a partir dos objetivos do planejamento estratégico da escola retro referida. Haveria um ponto de corte para os 80 primeiros colocados nas provas escritas. Iniciariam o curso, os 80 mais bem classificados nas provas escritas e após o curso de formação seriam nomeados de 20 a 30 membros, no máximo, para iniciarem o estágio probatório.

O candidato, durante a extensão do curso, será avaliado psicologicamente, a fim de averiguação da capacidade psíquica do aluno, verificando se ele é capaz de exercer as atividades inerentes ao Ministério Público.

Os modelos que preveem o curso de formação com etapa eliminatória e classificatória do concurso devem ser estudados por todos os Ministérios Públicos do Brasil, para que promovam alterações legislativas para consolidá-los e aprimorá-los. O preparo intelectual já não estará tanto em causa nesta fase, mas sim o preparo psicológico, os valores ético-profissionais, o pendor e a vocação para servir à Sociedade.

Os vitaliciados, que se tornem desidiosos no futuro, devem responder a processo judicial, se for o caso, aplicando-se as penalidade cabíveis, inclusive, a demissão, se for o caso. Pois vitaliciedade não pode mais ser lida como perpetuidade à luz do estado democrático e constitucional de direito.

Com um concurso nestes moldes, dificilmente os cursinhos conseguirão preparar bons candidatos, caso não tenham vocação, pois o cursinho jamais dará vocação para quem não possui.

O Ministério Público não pode deixar de elaborar sua própria prova. Aqui há a objeção de que a descentralização para empresas que elaboram provas traria mais seriedade ao certame. Ocorre que existem mecanismos, desenvolvidos neste trabalho, de se fiscalizar uma banca de concursos, impedindo-a de vazar a prova, bem como há vários casos de fraudes em concursos com banca externa. A equipe de inteligência do MP pode colaborar com a lisura no procedimento seletivo.

Com critérios corretos de avaliação empregados por avaliadores aptos, a eficiência do certame será muito maior, portanto, uma banca interna ao Ministério Público está muito mais preparada para elaborar as provas de forma a selecionar o perfil de candidato necessário à instituição e para desempenhar um bom papel na postulação da justiça constitucional, bem como os membros da banca se tornam muito mais responsáveis, em termos de ilícito, do que membros de bancas externas, em que sequer se sabe ao certo quem elaborou a prova.

Não se pode deixar as principais instituições deste país serem direcionadas por ideologias não debatidas com seriedade.

Estas alterações e implementações, algumas com necessária reforma legislativa, necessitam da participação do Procurador Geral de Justiça, juntamente com sua equipe de

inteligência, bem como dos órgãos da administração superior do MP.

A única pena cabível para o membro da banca que vazar a prova é demissão. Civilmente, deve indenizar todos os candidatos prejudicados com a fraude e penalmente responder pelo novo crime referido no código penal.

O Ministério Público do futuro deve ser incansável e seus membros extremamente aplicados psicológica e laboralmente.

A ideia de vitaliciedade absoluta não mais se coaduna com os princípios da igualdade e eficiência.

As alterações aqui propostas devem passar por um amplo debate da classe, por decisão das associações locais e nacional, bem como por tomada de decisão final pelos órgãos da administração superior do ministério público, para que as alterações legislativas possam consolidar este projeto de um MP mais racional constitucionalmente. Além de que o CNMP deve desenvolver um trabalho para uniformizar um projeto de Ministério Público brasileiro, para que a preparação dos membros não seja isolada de uma ou outra instituição.

1.2. A Objetivação do Princípio da Unidade Ministerial

A preparação para o exercício profícuo das atribuições do Ministério Público brasileiro também deve passar por uma melhor definição do princípio da unidade ministerial.

O Ministério Público é uno. Repare-se que a Constituição se refere à expressão: “o Ministério Público”, quando se refere à unidade. Não disse no plural: Ministérios Públicos. Isso não quer dizer que por ser uno, não tenha o MP que obedecer às regras do princípio federativo que também vigem entre nós.

O surgimento do Conselho Nacional do Ministério Público fortalece ainda mais a ideia de unidade administrativa e institucional do MP brasileiro, os dispositivos constitucionais afirmam que o CNMP controla administrativamente todo o *parquet*.

O CNMP acaba por consolidar o órgão que unifica todo o Ministério Público brasileiro. Todos os ramos do MP necessitam prestar informações e são controlados por tal órgão. Se o Ministério Público já era uno, mais razão ainda quando da emenda que criou o CNMP.

É necessária uma emenda constitucional que altere o art. 128, §5º, da Constituição Federal, para que se exija uma lei complementar nacional que trate de um estatuto comum mínimo de todo o Ministério Público brasileiro.

O importante, na unidade do Ministério Público, para o trabalho, é sua objetivação, para que se gere atuação consistente do MP na justiça constitucional. Para isso, defino-a, como o conjunto de regras e princípios, com carga deôntica, que exige expressamente uma instituição una administrativa e funcionalmente, pois vetorizada ao CSMP, como órgão máximo de controle administrativo, bem como com função postulante única, não contraditória e não hierarquizada no sistema de justiça constitucional. Há limitações apenas orçamentárias à unidade, diante do pacto federativo e distribuição de competências próprias da Constituição e que não podem ser superadas pelo controle de constitucionalidade administrativo no âmbito do próprio Ministério Público.

1.3. A Necessidade de Unificação das Instância Ministeriais: fim da Dicotomia entre Promotor de Justiça e Procurador de Justiça em uma Instituição una.

A segunda instância ministerial deve ser repensada institucionalmente, pois é repetitiva,

contraditória e muitas vezes desnecessária. Apesar dos membros, procuradores de justiça, terem acumulado muita experiência, acabam reduzindo sua atuação, em virtude de atribuições focadas na missão de *custos legis*, prejudicando a democracia interna da instituição. Se o Ministério Público não planejar o seu futuro com racionalidade, para que seja ágil dentro do interesse social, tornar-se-á também uma instituição desacreditada e obsoleta.

Deve-se eliminar o termo procurador da linguagem ministerial, o qual recorda os tempos monárquicos, em que éramos Procuradores dos reis. Promotorias de Justiça refletem muito melhor os órgãos que devem defender a sociedade. Promover a justiça é verbo condizente com a função constitucional do Ministério Público.

Não há necessidade de uma segunda instância no Ministério Público, entretanto é situação diversa a necessidade de órgãos da administração superior do Ministério Público, os quais devem ser projetados para qualquer membro ter acesso, com alguns requisitos logicamente, e não apenas os procuradores, diante da necessidade de legitimidade.

A questão do duplo grau de jurisdição é questão própria do poder judiciário em todo o mundo. Como o MP tenta em muitos pontos se equiparar ao judiciário, houve neste campo um grave equívoco. A existência de uma segunda instância ministerial não tem previsão constitucional, nem sentido lógico-sistêmico. O duplo grau de jurisdição das decisões judiciais já atende os dois requisitos do processo, ou seja, a insatisfação da parte que quer ter a chance de ver sua causa novamente apreciada, bem como na superação de erros no julgamento. Quando se cria uma segunda instância ministerial, na realidade, cria-se uma nova instância de revisão interna, a qual fere a unidade. Sequer a nomenclatura Procuradorias de Justiça aparece na Constituição. Seria contraditório o constituinte prevê a unidade, independência funcional do MP e a dupla instância ministerial.

Não há outro mecanismo constitucional, senão a unificação das instâncias ministeriais, como viável a viabilizar a postulação mais racional e sistêmica do Ministério Público na justiça constitucional.

Não há sentido dois graus no MP se a função é uma. Fere-se a unidade do ponto de vista funcional. Não se justifica um *custos legis* de segunda instância hierarquicamente superior em suas posições ao agente de primeira instância. Como não existe hierarquia funcional na carreira do MP, mas somente administrativa, é completamente inconstitucional a existência, por exemplo, de procuradorias de justiça, no âmbito do MP estadual, por exemplo. O MP fica sem membro que represente a parte na segunda instância.

Por outro lado, A independência funcional absoluta, no Brasil, tem gerado problemas na eficiência dos membros, bem como isolamento de novos membros, que têm que enfrentar questões de alta complexidade, como se fossem um chefe de si mesmo, quando já existem colegas mais experientes para direcionar os trabalhos. A ideia aqui prematuramente desenvolvida é de que os membros sejam divididos em grupos de trabalho, por matéria e região. Um diretor deve direcionar o grupo para as metas institucionais. Claro, quando, um dia desenvolvida a ideia de hierarquia funcional parcial dentro do MP brasileiro, com limites proporcionais, como ocorre em vários países da Europa continental.

Não é impossível se extinguir as procuradorias de justiça, pois não se aniquilaria os órgãos da administração superior do MP, tais como: Colégio de procuradores de justiça, Corregedoria-geral e Conselho superior do ministério público. Com o fim dos cargos de procurador de justiça, a consequência lógico-sistemática é que todos os membros que preenchessem alguns requisitos legais pudessem concorrer para as funções da administração

superior dos ministérios públicos. A administração superior teria legitimidade para gerir a classe. Enfim, todos seriam Promotores de Justiça em unidade e igualdade de condições.

Uma declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, excluindo apenas a interpretação de leis ordinárias que autorizassem procuradores a se manifestar em causas que já tivesse o MP atuando como parte, já atenuaria os problemas, até que a extinção das procuradorias os solucionassem definitivamente.

Esta é a única forma de conciliar os princípios da unidade e independência funcional. Enfim, para se preservar unidade de atuação e independência funcional, somente igualando os membros e extinguindo as esdrúxulas instâncias ministeriais. Não pode uma instituição postulante e não jurisdicional ter posições contraditórias e redundantes em um mesmo processo.

Em relação ao Conselho Superior do Ministério Público, enquanto não extinto os cargos de procurador de justiça, em uma solução transitória, defende-se aqui que passe a contar, em sua composição, de modo fracionário, com procuradores e promotores de Justiça, sendo reservada uma fração das vagas para o percentual de procuradores existentes e promotores.

Por outro lado, em uma tese alternativa mais forte e talvez necessária, quiçá a mudança legislativa seja necessária de imediato, transformando os cargos de procuradores de justiça em promotorias de interesse público mais relevante, tendo em vista não haver direito adquirido a regime estatutário, conforme a jurisprudência pacífica dos nossos tribunais. Não se justifica, por exemplo, no Rio Grande do Norte, por exemplo, a existência de vinte e uma procuradorias de justiça, enquanto somente existem cinco promotorias do patrimônio público na capital.

1.4. A Necessidade de Racionalização Constitucional da Atuação do Ministério Público

Há necessidade premente de racionalização constitucional das atribuições do MP. Primeiro pela existência de insuficientes promotorias em algumas áreas e promotorias excedentes em outras. Segundo por atuação de membros em processos, em que não há interesse público constitucional primário, e a previsão legislativa que dá atribuições em interesses secundários.

Torna-se importante a mudança de atribuições de algumas promotorias e a extinção das procuradorias gradativamente, como já proposto retro. Podem se gerar novas promotorias, com atribuições mais relevantes constitucionalmente. Trata-se de questão de política institucional prioritária, em que a colaboração dos membros com o bom senso é fundamental.

Pode o membro do MP não se pronunciar sobre o mérito de um processo fazendo o controle de racionalidade, mesmo havendo disposição normativa, supostamente definidora da obrigatoriedade de intervir na causa. O órgão do Ministério Público não estará necessariamente impugnando ou negando execução a ato normativo por inconstitucionalidade. Em boa parte dos casos, o órgão do Ministério Público - dotado de autonomia de convencimento, ao discernir hipótese de não intervenção - estará concretizando, de modo lógico-sistemático, enunciados normativos especiais e gerais, cujos programas normativos veiculam, não raro, conceitos indeterminados, como notadamente a dicção *interesse público primário*. Para tal concretização, é inevitável que seja decisivo o sentido que melhor atenda às normas constitucionais que definem o Ministério Público e suas funções institucionais.

1.5. A Necessidade de um Núcleo Constitucional de Atuação Recursal

A atuação recursal na justiça constitucional deveria ser do órgão ministerial encarregado

desde o princípio da atuação no caso, em virtude do caráter postulatório da instituição e não jurisdicional.

Há relevância em se instalar núcleos constitucionais recursais em todos os MPs do Brasil. Há um pequeno número de recursos extraordinários interpostos por alguns MPs, em decorrência da sobrecarga de trabalho dos procuradores gerais de justiça.

O Promotor de Justiça tem direito de recorrer, inclusive, extraordinariamente para qualquer instância, pois diante do princípio da unidade, não pode ser bloqueado pelo “custos legis” de segunda instância. Enfim, mesmo antes de se unificarem as “instâncias ministeriais”, já tem o Promotor o direito de recorrer para qualquer tribunal como parte, sob pena de ofensa ao direito de recorrer da parte, bem como de ofensa à unidade do MP, a qual não é jurisdição para comportar instâncias de bloqueio recursal. Evita-se assim o recurso suicida, em que o Promotor recorre e o Procurador pode dar parecer contrário, manifestando-se pelo improvimento.

1.6. A Unificação do Ministério Público Estadual Brasileiro e a Possibilidade de Permuta Entre Membros de Estados Diferentes em Virtude do Surgimento do CNMP como Órgão Unificador

Já concluí em item anterior que o CNMP unificou o MP brasileiro, havendo apenas restrições orçamentárias próprias de uma Federação.

Caso se entenda que o MP é uma instituição una, pelo menos os Mps estaduais, respectivamente, caberia permuta de membros de Estados federados diferentes? Muitos colegas já me fizeram esta pergunta.

Entendo que sim, sem nenhum problema jurídico, devendo administração superior dos dois estados em conjunto fixar requisitos para tal desiderato.

A Constituição previu a unidade, mas esqueceu de tratar dos pontos comuns conectores da unidade. Em relação à permuta, antes de haver uma legislação nacional ou estatuto nacional do MP unificado, poderiam os Procuradores Gerais de Justiça de Estados diferentes editar resolução suprimindo tal lacuna, bem como havendo afinidades de matérias, não haveria problemas de permutas entre membros de um Ministério Público uno. Haveria, porém, a necessidade de que todos tivessem semelhantes exigências de conteúdo, quando do concurso.

Diante da corrida pelos concursos públicos em todo o Brasil, existem muitos membros infelizes e que estão justamente onde o outro permutante gostaria de estar. Por exemplo, podemos ter um Promotor no Acre, com toda a sua família no Rio Grande do Sul e vice-versa concomitantemente. Então, qual seria o prejuízo de uma permuta entre ambos, obedecendo-se a requisitos que não atingissem a direitos de terceiros?

Bastaria se estipular requisitos, como por exemplo, os permutantes iriam para o final da lista de antiguidade na respectiva entrância, sem prejudicar a antiguidade de ninguém na entrância respectiva, dentre outros.

Em decorrência disso, possibilitar-se-ia o gozo do direito de convivência familiar de ambos os Promotores permutantes, os quais estariam ainda mais motivados a desempenharem o seu mister e sem haver prejuízo para qualquer outro membro ou instituição.

Isso já acontece na justiça federal, na justiça do trabalho e em outras instituições, não sendo a tese nada a mais do que direito dos membros de uma instituição una, unificada pelo CNMP, os quais fizeram o mesmo concurso a nível estadual, com praticamente as mesmas matérias e desempenhando as mesmas funções. Tanto que quando se recorre em tribunais

superiores, outros membros do MP, até mesmo federal, continuam na mesma causa, demonstrando que o MP age em unidade até mesmo com o MP federal. O próprio STF vem permitindo o MP estadual fazer reclamações e atuações na corte máxima, o que antes era exclusivo do MPF, mais uma fundamentação que demonstra que o direito de permuta entre membros de Ministérios Públicos de Estados federados diferentes é líquido e certo, devendo ser suprida a lacuna pelos órgãos da administração superior do MP, para que afinal, venha uma Lei nacional regulando a matéria. A própria racionalização da atuação do MP surgiu da carta de Ipojuca dos corregedores de todo o Brasil, para somente após se tornar resolução do CNMP. As lacunas descobertas não podem limitar direitos sem proporcionalidade.

Como suprir esta lacuna? Os PGJs de ambos os Estados dos permutantes levariam o caso para os dois CSMPs respectivos, demonstrando se há algum prejuízo ou não para permuta. Não havendo prejuízo para ambos os Estados, haveria o deferimento da permuta, sem haver nenhum acréscimo financeiro para quaisquer dos estados. O próprio CNMP E CNJ já decidiram que o MP e Magistratura são unos nacionalmente, principalmente quando se diz respeito a equiparação de verbas remuneratórias.

2. Síntese Dogmática Conclusiva

- 1) Na prova objetiva do concurso de Promotor, deve-se atentar para a pertinência temática das abordagens nos exames; a sua referibilidade a problemas concretos a demandarem atuação prioritária por parte dos futuros membros do Ministério Público; o desapego a classificações doutrinárias superficiais e estereótipos engendradas por autores de duvidosa intencionalidade acadêmica.
- 2) Na prova subjetiva podem ser direcionados tópicos para que os candidatos escrevam, envolvendo conteúdo multidisciplinar. O texto normativo e enunciado de súmulas e jurisprudência também deve ser cobrado como parâmetro inicial, mas não somente estas informações básicas. Somente com tal cobrança, permite-se aferir a desenvoltura dos candidatos nos casos mais complexos, em que a legislação é contraditória e ambígua. É importante que, no edital da prova subjetiva, já conste a bibliografia sugerida pela banca, evitando-se ofensa ao princípio da igualdade. Para que a multidisciplinariedade exigida seja de conhecimento de todos os candidatos, bem como que os candidatos leiam o que for interessante para instituição.
- 3) Na prova prática, devem se evitar questões capciosas, provas com espelho, que limitam a criatividade de quem vai escrever. Os examinadores têm que ter maior discricionariedade na correção das provas, aferindo a densidade do candidato a membro. A prova não pode se identificar, para não se gerar fraudes. Ao invés de um espelho apenas de correção haveria um espelho de tópicos na questão, a respeito de casos práticos já enfrentados pelo Ministério Público, em que se exija do candidato as soluções judiciais, extrajudiciais e de controle de constitucionalidade pertinentes ao caso, em que se teve uma decisão, na prática, favorável ao Ministério Público. Isso evita a cobrança de questões meramente hipotéticas, que não acontecem na vida prática. Na prova prática ainda, ao invés de apenas duas peças, deveriam ser exigidas quatro, quais sejam: uma denúncia, uma ação civil pública, uma cautelar que envolva investigação de crime organizado e um recurso.
- 4) A prova oral, por outro lado, não agrega em nada ao certame, devendo ser extinta do

concurso, devendo os aspectos de oratória e desempenho social serem aferidos no curso de formação, após o membro já está aprovado nas provas de conhecimento geral. Em uma proposta alternativa poderia a oratória ser avaliada em uma prova de tribuna, ofertando-se um caso ao candidato, para que em 24 horas ele faça a sustentação do caso, seja no tribunal do júri ou em audiência simulada do processo comum.

- 5) Por outro lado, caso a instituição entenda por manter a prova oral, deve-se operar mecanismos que favoreçam o controle sobre a aplicação concreta do princípio da impessoalidade, minimizando-se os riscos. Eis alguns desses mecanismos: a prova oral deve ser aplicada obrigatoriamente em sessão pública; deve haver registros audiovisuais de tal sessão, disponível para qualquer interessado; deve haver espelhos de avaliação para todas as questões aplicadas nas arguições orais, como já dito antes, espelhos como tópicos da pergunta; bem como necessita ser realizada no mesmo dia para todos os candidatos.
- 6) Necessidade de um estágio probatório e curso de formação real. Deve o curso de formação ser uma etapa complementar do concurso, com uma reprovação ainda intensa. Toda a equipe de inteligência do MP deverá se envolver nesta fase, para aferir se há candidatos que não se adequam ao perfil do Ministério Público, em virtude de suas condutas privadas e públicas. O curso de formação deverá selecionar os de perfil institucional.
- 7) O curso de formação deve ocupar momento anterior ao estágio probatório, como etapa classificatória e eliminatória do concurso, somente ingressando no estágio probatório quem for aprovado no curso de formação, como última etapa do concurso. Durante o curso de formação, o aluno e ainda candidato a membro deve receber uma bolsa no valor de um quarto do subsídio mensal do cargo inicial de carreira, apenas para custear suas despesas.
- 8) O Órgão de Segurança Institucional do Ministério Público deve produzir informação ou conhecimento, tanto para o curso de formação, quanto para o estágio probatório, sendo proporcional a intervenção nos direitos fundamentais, pois garantindo um direito constitucional mais relevante: o recrutamento de um membro do Ministério Público que atenda aos interesses sociais e a complexidade da modernidade social.
- 9) Os modelos que preveem o curso de formação com etapa eliminatória e classificatória do concurso devem ser estudados por todos os Ministérios Públicos do Brasil, para que promovam alterações legislativas para consolidá-los e aprimorá-los. O preparo intelectual já não estará tanto em causa nesta fase, mas sim o preparo psicológico, os valores ético-profissionais, o pendor e a vocação para servir à Sociedade.
- 10) O Ministério Público não pode deixar de elaborar sua própria prova. Com critérios corretos de avaliação empregados por avaliadores aptos, a eficiência do certame será muito maior, portanto, uma banca interna ao Ministério Público está muito mais preparada para elaborar as provas de forma a selecionar o perfil de candidato necessário à instituição e para desempenhar um bom papel na postulação da justiça constitucional, bem como os membros da banca se tornam muito mais responsáveis, em termos de ilícito, do que membros de bancas externas, em que sequer se sabe ao certo quem elaborou a prova.
- 11) As alterações aqui propostas devem passar por um amplo debate da classe, por decisão das associações locais e nacional, bem como por tomada de decisão final pelos

órgãos da administração superior do ministério público, para que as alterações legislativas possam consolidar este projeto de um MP mais racional constitucionalmente. Além de que o CNMP deve desenvolver um trabalho para uniformizar um projeto de Ministério Público brasileiro, para que a preparação dos membros não seja isolada de uma ou outra instituição.

- 12) O CNMP acaba por consolidar-se como o órgão que unifica todo o Ministério Público brasileiro. Todos os ramos do MP necessitam prestar informações e são controlados por tal órgão. Se o Ministério Público já era uno, mais razão ainda quando da emenda que criou o CNMP. O importante, na unidade do Ministério Público, para o trabalho, é sua objetivação, para que se gere atuação consistente do MP na justiça constitucional. Para isso, defino-a, como o conjunto de regras e princípios, com carga deôntica, que exige expressamente uma instituição una administrativa e funcionalmente, pois vetorizada ao CSMP, como órgão máximo de controle administrativo, bem como com função postulante única, não contraditória e não hierarquizada no sistema de justiça constitucional. Há limitações apenas orçamentárias à unidade, diante do pacto federativo e distribuição de competências próprias da Constituição.
- 13) A questão do duplo grau de jurisdição é questão própria do poder judiciário em todo o mundo. Como o MP tenta em muitos pontos se equiparar ao judiciário, houve neste campo um grave equívoco. A existência de uma segunda instância ministerial não tem previsão constitucional, nem sentido lógico-sistêmico em um MP que goza de unidade e independência funcional de seus membros. O duplo grau de jurisdição das decisões judiciais já atende os dois requisitos do processo, ou seja, a insatisfação da parte que quer ter a chance de ver sua causa novamente apreciada, bem como na superação de erros no julgamento. Quando se cria uma segunda instância ministerial, na realidade, cria-se uma nova instância de revisão interna, a qual fere a unidade. Sequer a nomenclatura Procuradorias de Justiça aparece na Constituição. Seria contraditório o constituinte prevê a unidade, independência funcional do MP e a dupla instância ministerial.
- 14) Não há outro mecanismo constitucional, senão a unificação das instâncias ministeriais, como viável a viabilizar a postulação mais racional e sistêmica do Ministério Público na justiça constitucional. Não há sentido dois graus no MP se a função é uma. Fere-se a unidade do ponto de vista funcional. Não se justifica um *custos legis* de segunda instância hierarquicamente superior em suas posições ao agente de primeira instância. Como não existe hierarquia funcional na carreira do MP, mas somente administrativa, é completamente inconstitucional a existência, por exemplo, de procuradorias de justiça, no âmbito do MP estadual, por exemplo. O MP fica sem membro que represente a parte na segunda instância.
- 15) Torna-se importante a mudança de atribuições de algumas promotorias e a extinção das procuradorias gradativamente, como já proposto retro. Podem se gerar novas promotorias, com atribuições mais relevantes constitucionalmente. Trata-se de questão de política institucional prioritária, em que a colaboração dos membros com o bom senso é fundamental.
- 16) Há relevância em se instalar núcleos constitucionais recursais em todos os MPs do Brasil. Há um pequeno número de recursos extraordinários interpostos por alguns MPs, em decorrência da sobrecarga de trabalho dos procuradores gerais de justiça.
- 17) O Promotor de Justiça tem direito de recorrer, inclusive, extraordinariamente, para

qualquer instância, pois diante do princípio da unidade, não pode ser bloqueado pelo “custos legis” de segunda instância, enfim, mesmo antes de se unificarem as “instâncias ministeriais”, já tem o Promotor o direito de recorrer para qualquer tribunal como parte, sob pena de ofensa ao direito de recorrer da parte, bem como de ofensa à unidade do MP, que não é jurisdição para comportar instâncias de bloqueio recursal. Evita-se o recurso suicida dentro do MP.

18) A Constituição previu a unidade, mas esqueceu de tratar dos pontos comuns conectores da unidade. Em relação à permuta entre Promotores de Estados diferentes, antes de haver uma legislação nacional ou estatuto nacional do MP unificado, poderiam os Procuradores Gerais de Justiça de Estados diferentes editar resolução suprimindo tal lacuna, bem como havendo afinidades de matérias, não haveria problemas de permutas entre membros de um Ministério Público uno. Haveria, porém, a necessidade de que todos tivessem semelhantes exigências de conteúdo, quando do concurso. A Constituição previu a unidade, mas esqueceu de tratar dos pontos comuns conectores da unidade. Em relação à permuta, antes de haver uma legislação nacional ou estatuto nacional do MP unificado, poderiam os Procuradores Gerais de Justiça de Estados diferentes editar resolução suprimindo tal lacuna, bem como havendo afinidades de matérias, não haveria problemas de permutas entre membros de um Ministério Público uno. Haveria, porém, a necessidade de que todos tivessem semelhantes exigências de conteúdo, quando do concurso. Poderiam os CSMPs de ambos os Estados apreciarem a matéria. Ambos os permutantes iriam para o último lugar da lista de antiguidade da respectiva entrância, não causando prejuízos a terceiros.

3. Referências Bibliográficas

AGRA, Wendell Beethoven Ribeiro. Possibilidade Constitucional de Promotor de Justiça Exercer Mandato em Órgãos da Administração Superior do Ministério Público como Fator de Interação Corporativa. In: Livro de Teses do XVIII Congresso Nacional do Ministério Público, 2009.

BERCLAZ, Márcio Soares. **O Ministério Público em segundo grau diante do enigma da esfinge (e a Constituição da República): Decifra-me ou devoro-te.** In: RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. Ministério Público: reflexões sobre princípios e funções institucionais. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 241-285.

FALCONE, Marconi. Justiça Constitucional. O caráter Jurídico-Político das Decisões do STF. São Paulo. Método, 2008.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, decisão e dominação. São Paulo: Atlas, 2003.

GARCIA, Emerson. *O escalonamento funcional e a atuação do Promotor de Justiça no segundo grau de jurisdição.* Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro n. 17, jan./jun., Rio de Janeiro: 2003.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris Editor, 1997.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Visão crítica da formação profissional e das funções do promotor de*

justiça. Capítulo 4 In: NALINI, José Renato (Coord.) Formação Jurídica. São Paulo, RT: 1999.

NALINI, José Renato. *A escola da magistratura: avaliação e perspectivas*. Revista dos Tribunais, ano 83, janeiro de 1994, vol. 699, RT, São Paulo: 1994.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

PEDROSO, João; BRANCO, Patrícia. *O Recrutamento e a Formação de Magistrados. Análise comparativa de sistemas em países da União Europeia*. Coordenação de Boaventura de Sousa Santos, 2006. Disponível em:

http://opj.ces.uc.pt/pdf/ORFM/Recrutamento_formacao_magistrados.pdf.

PRADA, IGNACIO FLORES. *O Ministério Público em Espanha*. In: DIAS, João Paulo; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (Coordenadores). *O Papel do Ministério Público. Estudo comparado dos países latino-americanos*. Coimbra: Almedina, 2008.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SAUWEN FILHO, João Francisco. *Ministério Público Brasileiro e o Estado Democrático de Direito*. Editora Renovar, 1999.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A unificação da segunda instância*. Revista dos Tribunais, ano 87, março, v. 749, RT, São Paulo: 1998.

*A regionalização como paradigma necessário à estruturação espacial das atividades do Ministério Público no enfrentamento dos seus desafios contemporâneos*¹

*Márcio Soares Berclaz*²

*Millen Castro Medeiros de Moura*³

Síntese dogmática

Este artigo sustenta que a regionalização deve ser diretriz necessária para melhor organização espacial do Ministério Público brasileiro no cumprimento de sua missão constitucional. Defende-se a regionalização como alternativa relevante para fortalecimento da atuação ministerial capaz de propiciar diversos benefícios, dentre os quais: 1) incremento das atribuições voltadas à temática extrajudicial para dar conta de atendimento adequado das áreas de maior demanda e mais carentes de estruturação ministerial, tais como patrimônio público, saúde, meio ambiente, infância e juventude, educação e controle externo da atividade policial; 2) maior grau de especialização e profissionalização; 3) projeto institucional capaz de garantir formação continuada a partir de trabalho coletivo para atender adequadamente ao princípio da unidade ministerial, sem o risco de que a independência funcional e a exclusividade da atribuição da estrutura local sirvam para omissão sobre determinado problema; 4) maior potencialidade para cumprimento do plano geral de atuação, planejamento estratégico institucional ou instrumento equivalente; 5) melhor aproveitamento para assegurar estruturação adequada de órgãos auxiliares, bem como para permitir melhor presença do Ministério Público em regiões que demandem estruturação exemplar pelos dados da realidade local (fronteira, regiões metropolitanas, sítios históricos, espaços ambientalmente diferenciados etc); 6) possibilidade de obtenção de resultados mais eficazes na intervenção sobre a realidade social. Para além da defesa das premissas mencionadas, quer o presente artigo propiciar reflexão crítica sobre pontos polêmicos que envolvem o paradigma da regionalização como questão contemporânea relevante para o fortalecimento do trabalho ministerial.

Exposição

Anteriormente à Constituição da República de 1988, o Ministério Público atuava apenas no âmbito judicial, ora ajuizando ação penal, ora intervindo como parecerista em ações cíveis propostas por terceiros, muitas das quais divorciadas de um interesse público primário propriamente dito. Esse era o “Antigo” Ministério Público. Exceção feita à titularidade da ação penal, desde a Carta da República que, por força dos artigos 127 e 129, novas, inúmeras e plurais são as áreas e as possibilidades de atuação ministerial (na defesa do dinheiro público, da saúde pública, do meio ambiente, do urbanismo, da educação, no controle externo da

atividade policial, no combate ao crime organizado, na defesa dos direitos de crianças e adolescentes, idosos, pessoas com deficiência etc), abertura que, se de um lado favorece a instituição ao demonstrar a sua importância, de outro resulta na inexorável angústia pelo cumprimento a contento das atribuições. Isso porque, por mais paradoxal que seja, quanto maior for a prospecção de novas hipóteses de trabalho, maior será o achado de problemas e desafios para as demandas a serem enfrentadas, e a estruturação orçamentária e administrativa do Ministério Público ainda é insuficiente para dar conta desta nova realidade.

No progressivo e difícil processo de fortalecimento do Ministério Público como instituição indispensável à realização da justiça, a equiparação com o Poder Judiciário foi um movimento que trouxe ganhos inegáveis para valorização do trabalho dos membros (isonomia de vencimentos, garantias e prerrogativas etc). Todavia, já estando o “Parquet” consolidado como órgão constitucional que exerce papel autônomo de defesa da sociedade tanto no exercício da titularidade da ação penal como na fiscalização da efetivação de políticas públicas adequadas para a concretização dos direitos coletivos, forçoso ressaltar que, pelas diferenças de atuação funcional entre a carreira do Ministério Público (baseada no poder de iniciativa e demanda) e a do Poder Judiciário (exercício inerte de jurisdição), não há mais sentido afirmar que ambos devam ocupar necessariamente o mesmo espaço. O problema é que, especialmente no âmbito do sistema de justiça estadual, a mesma medida espacial do Judiciário tem determinado a forma como se organiza o Ministério Público, ou seja, o Promotor de Justiça é vinculado a uma determinada Comarca (ou Vara), seguindo a típica estruturação jurisdicional.

Em outras palavras, ainda que em alguns casos admita-se coincidência (por exemplo, juiz e promotor criminal que atuam perante a mesma unidade), o limite e os critérios de localidade da Comarca são insuficientes para atender a complexidade das tarefas ministeriais, as quais exigem outras alternativas de organização e distribuição espacial, uma das quais consistente na regionalização.

Essa organização tradicional, que estabelece um membro do Ministério Público vinculado a determinada estrutura do Poder Judiciário dentro de um espaço delimitado da Comarca, muitas vezes gera obstáculos para a atuação voltada à realização de direitos difusos e coletivos. A cumulatividade, o generalismo, o isolacionismo e o demandismo são vícios decorrentes dessa situação, como recentemente bem apontou o Núcleo de Políticas Públicas do Ministério Público de São Paulo⁴ ao encaminhar projeto de ampliação da regionalização⁵ no âmbito da referida instituição:

- a) “cumulatividade e generalismo – em regra, as atribuições do Promotor de Justiça nas comarcas são cumulativas, o que o obriga a intervir em processos, procedimentos e inquéritos de todas as áreas de atuação, a participar de um grande número de audiências judiciais, a atender ao público em todos os tipos de questões; circunstâncias essas que impedem (i) a organização racional do tempo para a dedicação devida a cada tipo de assunto e (ii) a especialização e a busca do conhecimento minimamente necessário sobre as matérias de maior complexidade;
- b) “isolacionismo e fragmentação institucional – em regra, a atuação do Promotor de Justiça é isolada, circunscrevendo-se aos estreitos limites da comarca, independentemente da dimensão do problema que lhe é posto; circunstância que (i) impede a visão das questões em sua totalidade, (ii) estimula o individualismo/voluntarismo de diminuta eficácia e (iii) transforma cada agente numa espécie de “instituição autônoma”;
- c) “demandismo – as características acima apontadas incentivam a transferência das

soluções para o Poder Judiciário mediante o ajuizamento açodado de ações – forma mais rápida de liberação dos casos pelos Promotores de Justiça, ante a pressão do grande volume de trabalho e dos sistemas internos de controle meramente quantitativo –, reduzindo o papel de agente político ao de mero agente processual.”

Inegável que na atual sociedade complexa massificada os grandes problemas coletivos que são objetos de atuação dos membros do Ministério Público muitas vezes não têm impacto e causa apenas locais; ao contrário, decorrem de interações em âmbito micro ou macrorregional. A realidade prática e cotidiana assim demonstra. Seja a prática de terceirizações nocivas ao patrimônio público, seja a desestrutura da rede de atenção a urgências e emergências no Sistema Único de Saúde, seja o licenciamento de hidrelétricas potencialmente nocivas à vazão de determinado corpo hídrico, seja a ausência de unidade de internação de adolescentes, seja eventual deficiência estrutural no trabalho da Polícia, todos esses são exemplos de desafios cotidianos que transcendem a realidade da “Comarca” e exigem atuação ministerial pautada em novos parâmetros e premissas.

“O novo perfil do Ministério Público não foi acompanhado por uma atualização de sua estrutura administrativa e organizacional. (...) a estrutura administrativa do Ministério Público antes de 1988 era a de um órgão parecerista, ou seja, um Ministério Público que recebia o processo, elaborava seu parecer e o devolvia ao Judiciário. Isso mudou em 1988, quando a instituição adquiriu funções que exigem providências e iniciativas, principalmente na área civil e na área dos difusos. O Ministério Público passou a ser o advogado da sociedade.” (ABREU, 2010, p. 61 e 62)

Embora o art. 127, § 1º, da Constituição da República, afirme ser o Ministério Público uno e indivisível, é fato que seu vigente modelo de gestão tradicional não atende a este perfil e ao decorrente necessário *projeto coletivo*; ao contrário, a formatação estabelecida como regra geral estimula uma atuação insular dos seus membros que, em diversas situações, redundam em prejuízo ao cumprimento de sua função constitucional. Para a criação de cargos e fixação das correspondentes atribuições, há uma preocupação excessiva com a distribuição equitativa de trabalho quanto à quantidade de feitos ou áreas de atuação, sem aferir-se a verdadeira demanda reprimida, a ser identificada pela instituição em seu papel de agente político. Para melhor adequar-se à formatação constitucional, essa instituição deve buscar a melhor solução para os problemas sociais e, para isso, o território de abrangência do membro responsável não deve prender-se aos limites de uma comarca ou município, e sim estender-se até onde se faça necessário para a solução daqueles. Isso implica uma nova configuração organizacional em que os princípios do promotor natural e da independência funcional passem por uma releitura em favor da unidade institucional e da efetividade das ações ministeriais.

É neste contexto que urge repensar e aprimorar o modelo de organização espacial do Ministério Público voltado à regionalização – até mesmo porque este é um anseio da maioria dos seus membros⁶. A missão constitucional e o perfil de instituição autônoma e independente do Judiciário exigem que a distribuição das atribuições ministeriais se implemente de modo a dispor os órgãos de execução em condições de atuarem não apenas no nível local, mas também regional. Nesse sentido, define-se região como *a unidade espacial que garante a efetividade da atuação do Ministério Público na luta pela universalização do acesso aos direitos da cidadania e pela construção da sociedade livre, justa e solidária.* (GOULART, p. 162)

Não se trata de abandonar totalmente o tradicional espaço denominado comarca, o qual pode mostrar-se ainda adequado para certos tipos tradicionais de atuação, como na área criminal comum, nas causas de família ou de direitos individuais de uma forma geral. O que se propõe é a adoção de uma estratégia alternativa, consistente na criação de um novo *locus*, que, combinado ao critério antigo, facilitará a mobilização e o engajamento dos membros em prol do planejamento estratégico que trata sobre os valores e objetivos prioritários da instituição, o que também permitirá que o Promotor de Justiça local, muitas vezes com atribuições cumulativas judiciais e extrajudiciais em diversas áreas, ganhe informações qualificadas e subsídios pelo Promotor Regional, cujo cargo terá, na essência, tríplice função: agir como coordenador das ações dos demais integrantes do núcleo, oferecer apoio técnico e humano para estes executarem as metas específicas da respectiva temática e, se necessário, atuar conjuntamente com eles ou supletivamente em caso de inércia dos membros locais.

Passados mais de vinte e cinco anos da Constituição, não basta eleger metas e prioridades institucionais de forma democrática sem que essas sejam implementadas e realizadas no plano empírico. Torna-se indispensável monitorar a quantidade e a qualidade do resultado final proporcionado, avaliação essencial que deve realizar uma gestão que demonstre visão prospectiva e tenha em conta que o Ministério Público precisa prestar contas à sociedade não apenas dos indicadores de esforço (número de inquéritos e ações), mas também de resultados de alteração da realidade social obtidos (intervenção sobre indicadores socioeconômicos). Para isso, mostra-se essencial uma visão macro, uma análise que considere as demandas por regiões e as semelhanças entre os municípios que as compõem, bem como um núcleo-pólo que mobilize os membros que o integram a uma resposta conjunta e mais rápida.

“A atuação individual e intuitiva dos membros do Ministério Público deve ser superada por um novo modelo, em que o compromisso com a transformação social, o planejamento estratégico e a eficiência passem a ser condições naturais em todos os âmbitos da atuação institucional, jurisdicional ou extrajurisdicional. A atuação repressiva deve ceder espaço para a atuação a partir das estatísticas e dos indicadores sociais.”
(ALMEIDA, 2013, p. 84)

Como órgão resolutivo que deve ser, a incidência do trabalho do Ministério Público em favor dos direitos transindividuais deve ocorrer preferencialmente de ofício, o que exige atuação planejada, com foco em metas, e pressupõe não apenas sensibilidade, mas experiência e especialização do responsável. Agente político envolvido na defesa dos direitos difusos e coletivos, o Promotor de Justiça deve estar atento à complexidade e às especificidades de cada uma dessas dimensões, tarefa que exige grau crescente de maturidade e especialização, predicados que somente podem ser obtidos com tempo, estudo, dedicação, conhecimento da realidade e experiência, requisitos que, a despeito de valiosos voluntarismos, são difíceis de serem reunidos de maneira satisfatória em órgãos de execução com atribuições plenas no âmbito judicial e extrajudicial, especialmente em realidades em que existe acúmulo de promotorias, em que falta a estruturação adequada de órgãos auxiliares.

Justamente como uma solução viável para mitigar esses problemas que a regionalização surge como uma estratégia capaz de propiciar que a resposta ministerial nas áreas de atuação extrajudicial e de tutela coletiva seja mais eficaz. Diz-se isso porque a criação da Promotoria Regional serve para preencher não só a precária especialização, mas para permitir que as

variáveis antes mencionadas sejam reunidas de modo mais equilibrado, inclusive contemplando a disponibilização de toda uma estrutura administrativa auxiliar capaz de fomentar e induzir prática e andamento adequado às demandas sociais, as quais, muitas vezes, são fruto de processo histórico de acumulação de negatividades e carência de atenção do poder público. A mera existência de Promotor Regional para atuação numa determinada matéria, em condições para apreender a realidade a partir de dados e não pelo horizonte emergencial dos problemas que norteia os órgãos de execução locais que precisam conciliar diversas atividades, permite que o processo de conhecimento e contato com o problema seja estabelecido por outra lógica e fluxo, assegurando melhor condição de tempo, maior espaço para estudo, conhecimento integrado da realidade e a disponibilização de equipe técnica, requisitos que, sob o ponto de vista ideal, propiciam conhecimento mais profundo e em condição de ser compartilhado com as promotorias locais integradas ou vinculadas à sua estrutura. Sendo o Ministério Público um grande escritório de advocacia de defesa do interesse social, nada mais razoável que algumas premissas e lógicas que norteiam o estabelecimento dessas sociedades sejam observadas para assegurar melhor resultado na atuação, não se podendo ignorar que a especialização é uma estratégia de inegável resultado prático.

A meu juízo, precisamos ter em mira nossa condição de advogados da sociedade, com todas as conseqüências resultantes. Tanto na atividade criminal como na extracriminal, nesta em especial, como autores, a preocupação maior há de ser com o domínio do fato, sem prejuízo da precisão técnica das intervenções nos processos. A fase pré-processual exige muito maior empenho, pois aí ameaharemos a maior parte das provas necessárias a um processo bem sucedido. (...) Esses objetivos reclamam estabelecimento de prioridades, simplificação da atuação em autos, trabalho em equipe, controle e acompanhamento de processos mais importantes, contato permanente entre Promotores e Procuradores, ensejando, inclusive, a participação destes desde a fase pré-processual, atuando conjuntamente com o Promotor, indicando caminhos, evitando equívocos, suprimindo naturais e compreensíveis deficiências de Promotores que não tenham a mesma experiência (VISCONTI, 2003, p. 251).

Independente de a estrutura do Estado ser incrementada gradualmente, de surgirem ou consolidarem-se outras instituições com atribuições específicas (ex: Defensoria Pública e a garantia de acesso à justiça a quem não pode pagar advogado, notadamente para atuação no plano de direitos individuais, inclusive homogêneos), já é reconhecida a importância da matriz constitucional de identidade do Ministério Público, por isso cabe a este aperfeiçoar-se e avançar como instituição defensora dos direitos sociais. Esse processo de evolução e aprimoramento impõe a necessidade de desprendimento de paradigmas obsoletos e impeditivos do seu progresso, seja a limitação da atuação dentro do âmbito da Comarca, seja a equivocada compreensão de que a independência funcional autorizaria atuações fragmentadas ou, o que é pior, omissão de órgãos de execução a pretexto de entendimentos egoísticos divorciados da realidade fática. Tanto uma como outra situação não podem impedir os movimentos necessários para a realização dos projetos institucionais amparados constitucionalmente ou aprovados coletiva e democraticamente.

A regionalização não fere o princípio do promotor natural ou a independência funcional, pois nada mais faz que permitir que exista Promotor também natural com atribuição concorrente com possibilidade de conhecer a realidade e, se necessário, atuar em conjunto ou

isoladamente para adotar providência necessária, quando há pouco espaço para discussão de caráter técnico-jurídico, pela própria natureza da atuação, pelo próprio fato de que problemas demonstrados em índices científicos ou de maneira técnica não deixam margem de discricionariedade para serem ou não debelados, devendo ser enfrentados sem espaço para tergiversação.

Outro ganho da regionalização é estimular um trabalho coletivo realizado de modo regional entre diferentes órgãos de execução, medida que não só permite a obtenção de melhores resultados e troca de experiências, mas que evita alegações de “personalismo” e perseguição muitas vezes decorrente de se ter um órgão de execução atuante na cidade A e outro na vizinha B que, por não adotar as mesmas medidas, serve de parâmetro inadequado de comparação, fazendo parecer que o primeiro seria mais incisivo ou intolerante do que o segundo, enfim, de que o Ministério Público não teria uma linha clara e coerente de atuação na matéria, o que ganha contorno problemático em se tratando da fiscalização de políticas públicas. Definitivamente, há de se equacionar o princípio constitucional da unidade com a garantia da independência funcional para permitir a combinação do planejamento estratégico da instituição com a liberdade de convencimento do membro. A independência funcional é garantia para o que se faz a partir de convencimento formado para cumprir com as atividades finalísticas destinadas constitucionalmente, não escudo para ausência de atuação ou mesmo motivo para descumprimento de projetos aprovados democraticamente no âmbito da instituição.

Ainda que os casos de omissão injustificada na atuação possam ser alvo do órgão responsável pelo controle interno⁷, a regionalização tem a vantagem de propiciar um maior raio de atuação ou de extensão de atribuições ao permitir alternativas para adoção de medidas sem a dependência única e exclusiva do membro local. Isso se mostra especialmente relevante para viabilizar projetos institucionalmente deliberados ou discutidos com a população, cuja ausência de efetivação pode implicar perda de credibilidade e enfraquecimento institucional, especialmente quando os meios de comunicação têm sob seu foco o Ministério Público. Falta de prioridade, falta de homogeneidade, excessiva liberdade para uma atuação egoísta isolada, entre outros problemas podem receber uma resposta satisfatória por meio da regionalização diante dos desafios contemporâneos do Ministério Público.

Na medida em que existe dificuldade de estabelecer prioridades, não há possibilidade de dizer que a instituição marcha de uma forma unida e homogênea. O que se tem é a prevalência do princípio de que cada um pode ou não obedecer àquilo que foi estabelecido como central. (...) Tem-se o desenvolvimento de um modelo caracterizado pelo individualismo, é um sistema atomizado, fragmentado. (...) Dessa forma, a independência funcional, entendida como independência do integrante, e a ausência de uma hierarquia piramidal geram individualismo, dispersão. (...) A consequência disso é, paradoxalmente, o enfraquecimento da independência funcional (...) e o enfraquecimento institucional (SADEK, 2009, p. 135).

Ainda no balanço dos benefícios da proposta que ora se defende, reconhece-se a grande demanda reprimida para a atuação extrajudicial do Ministério Público como agente político de transformação da realidade, aspecto que, somado à não rara escassez de membros nas regiões mais distantes das capitais ou grandes cidades, revela outro grave problema da insuficiência de recursos humanos compatíveis com as necessidades da sociedade. Seja por

traços históricos, seja por motivos que se perpetuam no momento presente, é fato que falta à Administração Superior do Ministério Público vontade política para dispor maior estrutura de recursos humanos justamente nos rincões mais distantes das regiões metropolitanas, onde a atuação do órgão se faz mais importante. Não raro, os maiores índices de crimes ou de irregularidades de saúde, ambientais e urbanas estão situados nas fronteiras⁸ ou nos municípios distantes e isolados, lugares aonde a instituição não chega com a mesma força e estrutura que nas metrópoles, nas quais a própria estrutura dos serviços públicos funciona de maneira mais satisfatória. Nestas, assiste-se à criação descriteriosa de cargos e de melhor estrutura ministerial, deixando-se a descoberto o suprimento de necessidades prioritárias, espaços abandonados ou marginalizados em que a atenção ministerial deveria ser diferenciada e exemplar. Tudo isso é produto de gestão inadequada e da equivocada cultura institucional e, por vezes, lamentavelmente, assim se age para atender a interesses particulares relacionados ao processo eleitoral interno e à manutenção da estrutura de poder no âmbito da própria instituição.

Também para amenizar os efeitos dessa ausência, desse esvaziamento de estruturação ministerial justamente onde a instituição seria mais importante para a comunidade, cumpre reconhecer na “regionalização” uma poderosa ferramenta de gestão para dispor de um órgão de execução atuando sobre tema específico capaz de concorrer para o atendimento dos problemas complexos de diversas cidades, tudo de modo a garantir acesso com qualidade aos serviços ministeriais a toda a população da região. Propicia-se, assim, uma “onda” transformadora positiva capaz de incrementar e estimular o trabalho das unidades locais, as quais, muitas vezes, não falta boa vontade, mas sim uma estratégia adequada para apropriação e discussão de problemas estruturais que são causas produtoras de desigualdades e situações de conflito junto ao sistema de justiça.

Tudo isso implica a necessidade de uma nova concepção de trabalho em equipe, especialmente na defesa de direitos metaindividuais que ultrapassa a questão geográfica de uma só cidade, pela sua própria dimensão. Membros com conhecimentos especializados passariam a ser responsáveis por um trabalho regionalizado capaz de abranger maior número de municípios, em cumprimento a um plano institucional, seja o estabelecido pela Administração Superior, seja o decidido em comum acordo com os Promotores de Justiça vinculados às comarcas pertencentes àquela regional administrativa. Nessa linha, os Promotores Regionais trabalhariam em parceria com os locais, ora fornecendo-lhes apoio técnico, ora atuando conjuntamente nas atividades, ora substituindo-os com a devida concordância destes, a fim de não desrespeitar o princípio do promotor natural⁹. Obtém-se, assim, equilíbrio entre uma atuação regionalizada, devidamente aparelhada sob o ponto de vista técnico e humano, com a valorização do membro local, a quem se assegura uma formação continuada, e fortalece a ideia de unidade e integração.

Para surtir melhores efeitos, a regionalização exige também investimento nos órgãos auxiliares, especialmente os que compõem equipes interdisciplinares vinculadas às temáticas objetos daquele núcleo-polo que desenvolverá o trabalho em conjunto. Não basta haver um membro especialista, se este não contar com o apoio de profissionais de outras áreas que possam também fortalecer a atuação coletiva. Avança-se, assim, na ideia de que o Ministério Público não se limita ao trabalho de um membro em cada cidade, consistindo num “todo” orgânico-institucional formado por profissionais de diversas categorias que atuam em conjunto

em prol do interesse público.

A ênfase na tutela coletiva, como resultado da soma das idéias de racionalização e regionalização na construção de um emancipatório planejamento estratégico-institucional, precisa ter sustentáculo prático na paralela estruturação de órgãos auxiliares, compostos por servidores públicos vinculados a estruturado plano de carreira contemplativo da formação de equipes interdisciplinares. (...) Com isso, solucionar-se-ia um dos grandes empecilhos ao cumprimento de suas operosas funções, mormente aquelas voltadas à defesa dos interesses coletivos, em especial para a instrução dos inquéritos civis: a carência de serviços auxiliares burocráticos e periciais. (BERCLAZ; MOURA, pp. 223 e 226)

Antes que se diga que não se está a tratar de algo propriamente “novo”¹⁰, importante atentar que, apesar dos inúmeros benefícios, a estratégia da regionalização é completamente assistemática no âmbito do Ministério Público brasileiro: inexistente em algumas unidades; em outras, acontece para determinadas áreas; ocorre de uma forma aqui e de outra ali, sem que se estabeleça um modelo para o seu formato. Nesse sentido cumpre chamar atenção para o fato de que o Conselho Nacional dos Membros do Ministério Público – CNMP existente desde 2005, a despeito de ter editado aproximadamente uma centena de resoluções ao longo de sua existência, até o momento não analisou ou abordou de maneira explícita posicionamento a respeito da importância da “regionalização” como nova diretriz de organização ministerial.

Apesar de haver Estados que não apresentam qualquer projeto de regionalização em funcionamento (ex: MP-PR), algo próximo da ideia de “regionalização” já vem ocorrendo no âmbito de alguns Ministérios Públicos, ainda que de forma tímida e heterogênea, sujeita às peculiaridades locais. Exemplos disso são: 1) os GAECOS – Grupos de atuação especial de combate ao crime organizado; 2) Promotorias de Proteção ao Meio Ambiente estruturadas tendo em vista o limite das Bacias Hidrográficas ou determinados Biomas, implementadas na Bahia, Minas Gerais, Piauí e outros Estados; 3) Promotorias Regionais da Infância e Juventude, em Minas Gerais. Há uma total diversidade de modelos e, portanto, falta uma sistematização adequada capaz de garantir traços essenciais para o tratamento do assunto que assegure formato atencioso a determinadas balizas, inclusive para evitar um dos maiores riscos da “regionalização” quando implementada de maneira equivocada: criar Promotorias “de elite” hierarquicamente superiores ou de maior “status” do que os órgãos locais, atitude que não só prejudica o trabalho em equipe do Ministério Público como, sobretudo, mostra-se nociva para o futuro institucional ao permitir “alienação” e falta de engajamento de todos os membros para atuação em áreas especializadas, o que impede a capacitação e a substituição de valores.

Adotando-se método que parte do abstrato para chegar ao concreto, já tendo sido demonstrados argumentos abstratos justificadores da “regionalização” como diretriz ou paradigma necessário à estruturação especial do Ministério Público, apresentam-se algumas problematizações seguidas de esboços de resposta no intuito de contribuir para reflexão sobre o tema. Dentre plurais questões passíveis de serem formuladas sobre o que se pretende seja uma diretriz inovadora para atualização do perfil de atuação do Ministério Público (e não por acaso não existe mudança sem resistências), levantam-se alguns questionamentos, aos quais se arriscam algumas respostas, muito mais a título de discussão do que como solução pronta e acabada, pois a análise específica de cada item excede ao limite do presente trabalho.

1) Quais as áreas de atuação ministerial a serem incluídas no projeto de regionalização? Pelo próprio objetivo da regionalização, diante dos motivos expostos, acredita-se que somente cabe a sua existência para atuação em situações voltadas à defesa de direitos coletivos que perpassem por vários municípios ou que se refiram a metas do planejamento institucional ou para áreas que, pela peculiaridade da matéria, exijam uma estratégia específica e uniforme em todo o Estado. Considerando que as áreas do patrimônio público, saúde pública, meio ambiente e controle externo da atividade policial são os focos de maior incidência estatística de problemas, entende-se que a solução da regionalização deve necessariamente contemplar essas áreas, nada impedindo que matérias objeto de prioridade constitucional com amplo potencial de transformação da realidade, como infância e juventude e educação, também sejam contempladas com a mesma estrutura.

2) Qual o alcance da regionalização (macro, meso ou microrregionalização) ? A resposta aqui é mais complexa do que aparenta, pois depende da perspectiva que se dá à regionalização ou da matéria por ela abrangida. Assim, por exemplo, no que pertine à exigência de uma atuação uniforme e de alta complexidade, a demandar estrutura de apoio de alto custo, o ideal será a macrorregionalização, com abrangência em todo o Estado, como é o caso de combate ao crime organizado; já quanto aos direitos coletivos, recomenda-se a mesorregionalização, levando-se em conta as peculiaridades regionais. Por último, há a microrregionalização, que, na verdade, é a existência de um promotor de atribuição plena para dedicação a uma determinada comunidade pertencente a uma cidade de grande porte, o que só se justifica quando a alta vulnerabilidade daquela população exige maior aproximação com a instituição, que melhor será obtida com a presença de um só membro tratando de todas as temáticas voltadas ao fortalecimento da cidadania daqueles indivíduos. Tudo depende, aí sim, da realidade e dos traços políticos, históricos e socioculturais de cada Estado.

3) A definição do espaço de atuação se baseará nas divisões administrativas ministeriais ou se vinculará às divisões geográficas do Estado? Embora haja uma tendência para acompanhar a estruturação do Estado em alguns projetos já em andamento, inclusive para facilitar a atuação, já que serviços públicos como saúde e educação apresentam divisões claras, importante reconhecer que há maior liberdade para que, dependendo da área de regionalização, sejam criados índices próprios e autônomos pelo Ministério Público para as matérias remanescentes. A definição da área de cada Promotoria Regional depende da matéria objeto desta, podendo observar as peculiaridades da divisão política local quando se entender que isso é decisivo para a melhor prestação do serviço ministerial. Assim, por exemplo, uma Regional Ambiental se estenderá por um bioma ou corpo hídrico; já outra voltada à defesa da cidadania, mesmo que envolva municípios da mesma localidade político-administrativa, poderá ter abrangência menor ou maior, e não exatamente coincidência com aquela, a depender dos indicadores que se pretenda trabalhar e das especificidades regionais. Embora essa seja uma tendência viável em certas áreas de atuação, de modo geral não se pode falar em fixação rígida das Promotorias Regionais de acordo com as divisões administrativas ministeriais ou geográficas da respectiva unidade federativa para todas as áreas, até porque isso implicaria que toda alteração gerencial promovida pelo Estado sobre o serviço geraria a redistribuição e reorganização no âmbito do Ministério Público.

- 4) Como deve ser o provimento dos cargos (titularidade ou designação)?** Aposta-se no critério da titularização que, legalmente, deve orientar toda a movimentação e preenchimento da carreira. Embora sedutora a possibilidade de se designar este ou aquele membro de acordo com o “perfil” (sempre subjetivo que, via de regra, é exigido em toda e qualquer área), a própria estabilidade na função isenta de pressão política ou institucional, diversa da exercida legitimamente pela Corregedoria-Geral, é requisito para o bom andamento dos trabalhos. Assim, salvo exceções pontuais e justificadas por razões de interesse público, apenas para solução emergencial e temporária, as Promotorias Regionais são cargos a serem preenchidos por titulares mediante promoção ou remoção, e não designados a título precário, tudo para favorecer a qualidade e continuidade dos serviços e, inclusive, evitar o afastamento do designado do seu cargo de origem, que acarreta prejuízo para os trabalhos da Promotoria de Justiça onde atua como titular.
- 5) Que tipo de atuação deve ter o Regional em relação à Promotoria local (exclusiva ou concorrente)?** Defende-se uma atuação concorrente entre os Promotores Regional e local, na qual este terá prioridade para a atuação, sob a coordenação e a orientação daquele, que somente agirá, judicial ou extrajudicialmente, com a concordância do titular ou na sua inércia injustificada.
- 6) Como organizar o segundo grau do Ministério Público a partir deste novo paradigma?** Uma das vantagens adicionais da regionalização até aqui não mencionada, consiste na possibilidade desta ser uma das alternativas para ressignificar a atuação do Ministério Público em segundo grau, compatibilizando-a de acordo com o perfil constitucional. Seja pela possibilidade de a estrutura dos órgãos de execução regionais prever a lotação de Procuradores de Justiça, seja pela possibilidade da criação sucessiva de Procuradorias Regionais de Direitos Difusos, a estratégia tem o ganho de permitir maior sintonia e harmonia entre os cargos, propiciando atuação integrada e complementar com especial ênfase nas ações de iniciativa do Ministério Público.

Conclusão

Ainda que a proposta que ora se sustenta dependa da conjugação de fatores complexos, dentre os quais capacidade de gestão, mudança de cultura, previsão de orçamento suficiente, discussão do tema pelo CNMP, pressão da classe e da sociedade civil em prol da busca de alternativas junto à Administração Superior para os desafios enfrentados, quis o presente artigo sustentar a regionalização como diretriz e paradigma de gestão técnico-profissional que deve informar a projeção do Ministério Público do presente para o futuro, redimensionando seu espaço de modo a estar cada vez mais próximo da sociedade civil para atenção das suas demandas. Quer-se um Ministério Público com condição de ser “forte com os mais fortes”, preocupado com a obtenção dos melhores resultados possíveis na defesa dos direitos sociais que influenciarão as positivas e necessárias transformações na realidade social que, infelizmente, na realidade brasileira (e latino-americana de modo geral), ainda é de muitos direitos negados, de corrupção propiciadora de desigualdade, de degradação do meio ambiente e da inexistência ou insuficiência de serviços e políticas públicas essenciais.

Tomando por base as determinações próprias do método marxista de análise da produção como categoria geral relacionada a outros momentos (distribuição, circulação, troca etc)¹¹, importante ter em conta que um dos meios de atingir novo padrão de “produção ministerial”

depende da organização e pressuposição de uma nova forma de “distribuição”, já que as esferas são complementares e coimplicantes, o que, vale dizer, não se faz por temporários “grupos de atuação”. E são as necessidades do povo que estão a demandar uma nova forma alternativa de “produção” e de “distribuição” da organização ministerial, razão pela qual sustenta-se que a “regionalização” é um dos sentidos para onde há de caminhar o Ministério Público.

Referências Bibliográficas

- ABREU, Alzira Alves de. *O que é o Ministério Público*. Rio de Janeiro: FGV, 2010.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de. O Ministério Público no neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social. In: ALVES, Leonardo Barreto Moreira; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson (Org.). *Temas Atuais do Ministério Público*. Salvador: Jus Podium, 2013.
- BERCLAZ, Márcio Soares. MOURA, Millen Castro Medeiros de. Para onde caminha o Ministério Público? Um novo paradigma: racionalizar, regionalizar e reestruturar para assumir a identidade constitucional. In: ALVES, Leonardo Barreto Moreira; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson (Org.). *Temas Atuais do Ministério Público*. Salvador: Jus Podium, 2013.
- DUSSEL, Enrique. *Política de la Liberación: Arquitectónica*. Madrid: Trotta, 2009.
- GOULART, Marcelo Pedroso. *Elementos para uma teoria geral do Ministério Público*. Belo Horizonte: Arraes, 2013.
- MARX, Karl. *Grundrisse*. São Paulo: Boitempo, 2011.
- MIGNOLLO, Walter D. *Historias locales/diseños globales*. Madrid: Ediciones Akal, 2003.
- MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. *Direito fundamental à boa administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- ROJAS, Rodrigo Cançado Anaya. *Participação popular e Ministério Público no Brasil*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.
- SADEK, Maria Tereza. A construção de um Ministério Público resolutivo. *De Jure Revista*, Belo Horizonte, n. 12, jan./jun. 2009.
- SADEK, Maria Tereza. LIMA, Fernão Dias. *Diagnóstico Ministério Público dos Estados*. Brasília: Ministério da Justiça, 2006.

¹ Temática da Política Institucional e Administrativa.

² Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado do Paraná.. Doutorando em Direito das Relações Sociais pela UFPR. Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Sócio-fundador do Grupo Nacional de Membros do Ministério Público (GNMP – www.gnmp.com.br) e Vice-Presidente do Movimento do Ministério Público Democrático (MPD). Email para contato: marcioberclaz@gmail.com.

³ Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado da Bahia. Membro do GNMP. Email para contato: millencastro@hotmail.com

⁴ Exposição de Motivos sobre a proposta de de uma *nova organização espacial do Ministério Público*, elaborado em maio de 2013 pelo NUPP, órgão vinculado ao Gabinete do Procurador-Geral de Justiça, criado pelo Ato Normativo nº 733/2012.

⁵ Como bem proposto, por exemplo, pelo NUPP-MP-SP, em competente trabalho realizado por Marcelo Pedroso Goulart e outros, a regionalização é imposição de uma realidade determinante de que a escala de atuação do membro ministerial, eixo norteador de um processo necessário e permanente de atualização institucional para evitar entropias (Dussel), especialmente em áreas relacionadas à defesa de direitos difusos e coletivos, deva ser repensada sob nova perspectiva. Adequada e elogiável a sistematização proposta pelo Ministério Público paulista, incluindo critérios de natureza diversa: (ex: físico-ambiental: promotorias regionais por bacia hidrográfica, político administrativo exógeno (ex: seguir a organização da

educação e saúde do Estado, ainda que isso implique em ficar a mercê de mudança que, em último grau, pode comprometer o princípio do promotor natural), socioeconômico (ex: análise de índices de desenvolvimento humano por dados a serem produzidos), tópicos temáticos. Trata-se de uma mudança de paradigma aceitar a regionalização como algo determinante de que, ao invés de se ter uma atuação tradicional irreflexiva, reativa e demandista, tenha-se uma atuação pensada, proativa e resolutive, enfim, um novo “modo de resposta” aos reclames sociais. É por intermédio de novas práticas e determinações que há de se reconhecer, como afirma o projeto do MP-SP já referido, o Ministério Público como verdadeiro agente político e interlocutor qualificado. Inegável que temas como evasão escolar, estruturação de rede de saúde mental, assim, passam a ter maior possibilidade de resolução.

- 6 No Diagnóstico “Ministério Público dos Estados”, em 2006, 80,7% dos membros mostraram-se favoráveis à implantação de Promotorias Regionais.
- 7 No caso, as Corregedorias-Gerais, a quem cumpre a orientação e fiscalização das atividades dos membros, conforme art. 17 da Lei n. 8.625/93
- 8 MIGNOLLO, 2003, p. 116: “La ‘conolialidad del poder’ y la ‘dependencia histórico-estructural’ constituyen dos expresiones claves interrelacionadas a la hora de trazer la historia local específica de América Latina (...) La colonialidad del poder subraya la organización geoconómica del planeta que articula el sistema-mundo moderno/colonial y gestiona la diferencia colonial”.
- 9 Nesse sentido, a Resolução n. 08/2013 do Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia, publicada no DJe de 18.09.2013.
- 10 Por mais que o tema não seja novo, são raros os Ministérios Públicos que adotam a regionalização de modo efetivo, contemplando-a nos seus planos gerais de atuação, nos seus relatórios e, enfim, na atuação planejada de parte de cada órgão de execução.
- 11 MARX, 2011, p. 44-53: “(...) na produção, os membros da sociedade apropriam (elaboram, configuram) os produtos da natureza às necessidades humanas; a distribuição determina a proporção em que o indivíduo singular participa desses produtos; a troca o provê dos produtos particulares nos quais deseja converter a cota que lhe coube pela distribuição; (...) a produção cria os objetos correspondentes às necessidades; (...) a produção aparece assim como ponto de partida; o consumo, como o ponto final; a distribuição e a troca, como o meio-termo, o qual, por sua vez, é ele próprio dúplice, uma vez que a distribuição é o momento determinado pela sociedade e a troca, o momento determinado pelos indivíduos. (...) Esta é certamente uma conexão, mas uma conexão superficial. (...) O resultado a que chegamos não é que a produção, distribuição, troca ou consumo são idênticos, mas que todos eles são membros de uma totalidade, diferenças dentro de uma unidade. A produção estende-se tanto para além de si mesma na determinação antitética da produção, como sobrepõe-se sobre os outros elementos. É a partir dela que o processo sempre recomeça. (...) Uma produção determinada, portanto, determina um consumo, uma troca e uma distribuição determinados, bem como *relações determinadas desses diferentes momentos entre si*. (...) Há uma interação entre os diferentes momentos. Esse é o caso em qualquer todo orgânico”.

Ministério Público e Poder Legislativo: a Construção de Novos Paradigmas nas Relações Institucionais.

*Paulo Rubens Parente Rebouças**

*Cléia Cristina Pereira Januário Fernandes***

Introdução

Historicamente, o Ministério Público surgiu vinculado à defesa de governantes. No Brasil, desenvolveu um perfil único de defensor dos interesses sociais, forjado ao longo de mais de 400 anos de história.

De titular da ação penal pública e fiscal da lei em matéria cível, a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, desenha um novo perfil de atuação ao legitimar os membros do Ministério Público à propositura de ação de responsabilidade civil por danos ao meio ambiente. Em 1985, a Lei nº 7.347 amplia o rol dos direitos e disciplina a ação civil pública.

A Constituição Federal de 1988 concebe o Ministério Público como o defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis e lhe confere diversos instrumentos para o desempenho do mister, consolidando a nova feição institucional.

Na prática, a atuação dos membros ocorre na seara judicial e extrajudicial, amparada pelos princípios institucionais da unidade, indivisibilidade e independência funcional.

Cediço, tornou-se o protagonista da defesa dos interesses sociais. Entretanto, o surgimento da PEC 37 e de outras com semelhante finalidade, demonstrou a fragilidade das relações institucionais e o distanciamento entre o Ministério Público e o Poder Legislativo.

Esse artigo objetiva analisar a necessidade de construção de novos paradigmas nas relações institucionais entre o Ministério Público e o Poder Legislativo.

1. Perfil constitucional do Ministério Público

O Ministério Público, tal como foi concebido constitucionalmente, sobressai-se não apenas como titular da ação penal pública, mas como guardião do regime democrático, função de importância imensurável. Ao mesmo tempo, também recebe a missão de defensor da ordem jurídica, cujo alcance é, de igual forma, digna de um relevo incalculável.

Ser guardião do regime democrático implica em fazer respeitar a vontade da maioria, lutar pela garantia de voz às minorias, assegurar o adequado funcionamento das instituições que fazem da “Democracia” não apenas uma palavra de efeito, mas realidade viva, expressão de cidadania e de liberdade.

Sobre o papel do Ministério Público, Marcelo Pedroso Goulart enfatiza:

Em sua evolução histórica, o Ministério Público Brasileiro transitou da sociedade política para a sociedade civil. Na sociedade política, como agente do Rei ou da Administração, exercia a coerção, através da lei, para garantir a manutenção do *statu quo* e a dominação de classe. Na sociedade civil, passa a promover os valores democráticos, como defensor do povo, na luta pela emancipação humana e pela construção de uma sociedade substancialmente democrática.¹

O autor ressalta a possibilidade de se trabalhar dois modelos de Ministério Público dentro do perfil apresentado na Constituição Federal: o demandista e o resolutivo. Aquele, com atuação prioritária perante o Poder Judiciário, transferindo, via ação civil pública, a solução de todas as questões postas pela sociedade; este, superando a perspectiva meramente processual para uma atuação integrada e em rede nos mais diversos níveis, ocupando novos espaços e habilitando-se como negociador e formulador de políticas públicas.²

Aqueles perfis decorrem da finalidade precípua da Instituição, ou seja, transformar a realidade social.

2. O despertar para um novo paradigma nas relações com o Poder Legislativo

Pela atuação de seus membros, sobretudo na defesa do patrimônio público e da probidade administrativa, o Ministério Público vem sofrendo ameaças de retrocessos no campo legislativo.

A Proposta de Emenda Constitucional nº 37, a PEC da Impunidade, como ficou conhecida, tencionava retirar os poderes investigatórios em matéria criminal do Ministério Público e de outras instituições.

Para reverter um cenário que se encaminhava para aprovação, o Ministério Público mobilizou todos os seus ramos, com organização de um plano de ação em nível nacional e estadual. Ao final, os trabalhos demonstraram um estremecimento nas relações com o Poder Legislativo e a necessidade de uma mudança paradigmática nas relações institucionais.

O Parlamento, como o próprio nome diz, é a Casa do diálogo, representação política do povo, concretização da opção do constituinte pela “Democracia Representativa”. É o Parlamento que elabora as leis que, em um segundo momento, serão alvo de permanente atuação do Ministério Público como fiscal de sua boa aplicação. Ou seja, pelos motivos expostos, o Ministério Público é a instituição que está, em razão de sua própria essência, umbilicalmente ligada ao Legislativo, não de forma orgânica, mas ideológica. A lei, matéria-prima de atuação do agente ministerial, brota daquele Poder e com ele o *Parquet* deve aprender a conviver.

A grandeza do Ministério Público diante do magnífico texto constitucional que insculpiu uma instituição com perfil único veio de um diploma construído no Parlamento e nele foram redigidas cada uma das atribuições, prerrogativas e garantias que ostentam os agentes ministeriais que, em sua atuação funcional, dão vida à vontade do constituinte.

Lamentavelmente, instituições que deveriam caminhar juntas convivem em lados opostos. Escândalos em algumas Casas Legislativas acabaram por distanciar o *Parquet* do Parlamento. A indevida atuação à frente do Executivo e Legislativo por parte de alguns agentes ímprobos,

sobretudo, acabou por, invariavelmente, criar a ideia de generalização tão comum nas relações humanas, criminalizando-se com relativa frequência a atividade política, não raro confrontando o Ministério Público e aquela categoria.

Nesse contexto, o diálogo interinstitucional acabou por se limitar aos pleitos orçamentários e remuneratórios, e cultivar, dentro da Instituição, um preconceito no contato com o segmento político, associando-se a relação de qualquer agente ministerial no trato com Parlamentares e gestores com a percepção de promiscuidade.

Não raro, vários dos Presidentes de entidades classistas, nas discussões sobre a PEC 37, ouviram nos Gabinetes do Congresso Nacional as mesmas manifestações. Deputados, mostrando-se surpresos com a presença de Promotores de Justiça nos corredores do Congresso Nacional, afirmavam que, pela primeira vez, recebiam um agente ministerial. Muitos criticavam o isolamento institucional do *Parquet*; a falta de interlocução entre os agentes; o dedo em riste por parte de representantes do Ministério Público como uma metralhadora que tinha como munição a verborrágica e generalista imputação da pecha de corrupto a todos os integrantes das Casas Legislativas.

Tais palavras, embora, em alguns casos, materializando excesso de retórica por parte de alguns parlamentares, refletem uma constatação inegável: o Ministério Público se colocou em posição diametralmente oposta ao Poder Legislativo.

Alguns Promotores de Justiça, de maneira inexplicável, recusam-se a receber políticos; tratam integrantes do Legislativo como “criminosos” e esquecem que, de um lado, o Parlamentar carrega consigo a força de um mandato legítimo outorgado pelo povo; a representatividade de milhares de pessoas que confiaram naquele cidadão brasileiro para ser sua voz; e, de outro, que o Parlamentar é o médico, o dentista, o sindicalista, o humorista, o advogado e até mesmo o membro do Ministério Público que chegou ao Parlamento (Senador Pedro Taques e Deputado Federal Vieira da Cunha são exemplos) pela força do voto.

A generalização é sempre injusta, pois iguala os desiguais. Bons e maus absorvem uma carga de preconceito, uma pecha generalista que pouco contribui, sendo uma força destrutiva que fragmenta laços que somente deveriam ser desfeitos com evidências sérias e justificadas de desvio de conduta.

O criador da Campanha “O que você tem a ver com a corrupção”, Afonso Guizzo Neto, em uma de suas palestras ministradas no Piauí, disse que a generalização perpetua a corrupção, pois impede a identificação dos verdadeiros corruptos. Assim, a criminalização da atividade política deve, de pronto, ser afastada. Deve o Ministério Público aprender a conviver, de forma independente, mas harmônica, com as Casas Legislativas.

3. Base normativa para uma atuação legislativa do Ministério Público

Dentre as funções institucionais do Ministério Público figura o zelo pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição Federal, promovendo as medidas necessárias a sua garantia (art. 129, inciso II).

Desse modo, o legislador constituinte assegurou ao Ministério Público a legitimidade para promover as medidas necessárias à garantia do respeito aos direitos consagrados na Carta Magna, conforme bem expressa Alexandre de Moraes:

Ao erigir o Ministério Público como garantidor e fiscalizador da separação de poderes e, conseqüentemente, dos mecanismos de controle estatais (CF, art. 129, II), o legislador constituinte conferiu à Instituição função de resguardo ao *status* constitucional do cidadão, armando-o de funções, garantias e prerrogativas que possibilitem o exercício daquelas e a defesa destes.³

A Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, inclui dentre as funções dos órgãos de execução:

Art. 26. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá:

(...)

VII - sugerir ao Poder competente a edição de normas e a alteração da legislação em vigor, bem como a adoção de medidas propostas, destinadas à prevenção e controle da criminalidade;

(...)

Destarte, além do acompanhamento dos processos legislativos, o Ministério Público poderá atuar perante o Poder Legislativo naquelas questões afetas às suas atribuições, sugerindo a edição de normas ou alteração daquelas em vigor.

E não poderia ser de outra forma. Caso contrário, como se conceber que o fiscal da lei não participe de sua elaboração? Como imaginar que o defensor do regime jurídico não busque colaborar para o aperfeiçoamento das normas? Que não atue junto ao Parlamentar Estadual para expor as fragilidades e lacunas de um texto ou mesmo a falta de interesse público que o justifique?

O Ministério Público não é mero receptor passivo de leis e pode ser um agente colaborador do Parlamento na elaboração delas. De igual modo, o Promotor de Justiça com atuação em matéria criminal está apto a mostrar ao Parlamentar os traumas das vítimas dos crimes, as causas do aumento da criminalidade, os motivos que levam alguém ao cometimento de um crime, as formas de diminuir a criminalidade desenfreada. O Promotor de Justiça com atribuições afetas à Fazenda Pública pode agir propositivamente para aperfeiçoamento da Lei de Improbidade Administrativa, por exemplo.

Em suma, o Ministério Público pode também ser um agente ativo da boa atuação legislativa.

Por outro lado, inúmeros projetos de lei e de emendas constitucionais emergem do Parlamento tentando amesquinhar o Ministério Público. As ameaças são cada vez maiores e encontraram em alguns Deputados e Senadores, por vezes insatisfeitos com a atuação ministerial, verdadeira caixa de ressonância que reverbera palavras de rancor e mágoa contra o *Parquet*.

Tal cenário demonstra que é cada vez maior a necessidade da Instituição e seus membros aprenderem a dialogar com a classe política; ouvir para fazer uma autorreflexão; trabalhar para uma aproximação construtiva dessas Instituições, tão caras à sociedade brasileira, e cujo diálogo poderá, enfim, reduzir, senão extirpar, tantas mazelas que afligem o povo brasileiro.

Conclusão

É tempo de se repensar o relacionamento entre Ministério Público e Poder Legislativo. O acompanhamento legislativo está, cada vez mais, na ordem do dia.

Como fiscal da lei, nada mais comum do que a convivência harmoniosa com quem elabora os textos legislativos, uma convivência propositiva, de colaboração, de fortalecimento da democracia, de aperfeiçoamento do arcabouço legislativo, de interlocução da sociedade política e juridicamente representadas pelo Parlamento e Ministério Público, respectivamente.

Não se está pregando uma atuação do *Parquet* menos combativa em casos de desvios de conduta no Parlamento. Ao contrário, o destemor e credibilidade dos agentes ministeriais dão respaldo social ao Ministério Público e fazem parte do cumprimento das funções institucionais.

A crença é a de que é possível o estabelecimento de uma agenda comum e sadia com o bom Parlamento, sem ideias preconcebidas ou generalizadas, sem avocar para si a condição de imaculado e apontar o outro como demoníaco.

A construção de um diálogo firme e o estabelecimento de uma agenda comum devem ser pautas enfrentadas pelas Administrações Superiores do Ministério Público, inclusive com a criação de Grupos de Acompanhamento Legislativo. Não deve ser apenas um trabalho das Associações. Tais grupos podem e devem aproximar Ministério Público e Poder Legislativo, estabelecendo canais de comunicação cada vez mais frequentes, onde, cada um, dentro de sua missão constitucional, poderá agregar para o atendimento do interesse público maior.

Certamente, o trabalho conjunto, a aproximação construtiva e propositiva do Ministério Público perante o Poder Legislativo poderá gerar bons frutos em diplomas legais, inclusive com atuações colaborativas investigativas, a exemplo de uma CPI e um Inquérito Civil, com compartilhamento de informações e documentos.

Além disso, também poderá extirpar projetos legislativos que ameaçam as garantias, atribuições e prerrogativas do Ministério Público.

Por certo, mantendo fortes e ativas as relações institucionais a Sociedade ganha com a construção de elos, de laços que vão além dos interesses corporativistas, mas que devem ter por móvel o compromisso com a ética, a transparência e o interesse público.

Referências bibliográficas

GOULART, Marcelo Pedroso. Missão Institucional do Ministério Público. In: **Revista do Ministério Público de Pernambuco**. Recife: Bagaço. Procuradoria Geral de Justiça, v. 3, n. 3. 2000. Edição Especial, p. 21-40.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 29ª edição. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013.

¹ GOULART. Missão Institucional do Ministério Público, p. 27.

² Ob. Cit. GOULART, p. 36/37.

³ MORAES, ALEXANDRE DE. Direito Constitucional, p. 626.

* Promotor de Justiça em Altos-PI. Presidente da Associação Piauiense do Ministério Público/APMP.

** Promotora de Justiça em Teresina-PI. Assessora da Corregedoria Geral.

A compatibilização do Quinto Constitucional com os aspectos teleológicos da identidade do Ministério Público Brasileiro.

*Rosemary Souto Maior de Almeida**

Introdução

Ao refletirmos sobre o tema proposto, de imediato surge uma necessidade de avaliação histórica do Ministério Público ao longo dos anos, em cotejo com a evolução constitucional brasileira e como adequar o quinto constitucional nesse contexto.

No Brasil a 07 de março de 1609 com o regimento de nossa primeira Relação foram criados o Procurador dos feitos da Coroa, fazenda e Fisco e o Promotor Público. Esse velava pela integridade da jurisdição civil contra invasores da jurisdição eclesiástica, sendo obrigado a ouvir missa rezada por Capelão especial, antes de despachar e usar Opa¹.

Sob a égide da lei de 18 de setembro de 1828, junto a cada Relação funcionava um promotor de Justiça, inclusive a da Corte, e, em cada comarca. A Lei n.º 261 de 03 de dezembro de 1941 “precisou e unificou as atribuições dos Promotores, incumbidos, principalmente, de produzir a acusação dos delinqüentes e fazê-los condenar”.²

Nos artigos 22 e 23 do citado diploma legal (código de Processo criminal, reservou o Capítulo III- Dos Promotores Públicos. Art. 22. “Os Promotores Públicos serão nomeados e demitidos pelo Imperador, ou pelos Presidentes das Províncias, preferindo sempre os Bacharéis formados, que forem idôneos e servirão pelo tempo que convier. Na falta ou impedimento serão nomeados interinamente pelos Juizes de Direito. O artigo 23- Haverá pelo menos em cada comarca um Promotor, que acompanhará o Juiz de Direito, quando, porém, as circunstâncias exigirem, poderão ser nomeados mais um. Os Promotores vercerão o ordenado que lhes for arbitrado, o qual na Corte, será um conto e duzentos mil réis por ano, além de mil e seiscentos por oferecimento de libelo, três mil e duzentos réis por cada sustentação no Júri, e dois mil e quatrocentos por arrazoados escritos”.

O Ministério Público de Pernambuco a propósito de resgatar a história desta Instituição, lançou em 27/08/1999 a Coleção Construindo a Cidadania-Volume I, sob o título? Promotores Públicos. O cotidiano da Defesa da Legalidade. Transcrição de Documentos Manuscritos (1832-1843), em parceria com o Arquivo Publico Estadual Jordão Emereciano. Dentre vários episódios ali contidos, ilustraremos o seguinte: Ofício do promotor público Fernando Affonso de Mello para o presidente da província- Vicente Thomaz Pires de Figueiredo. Pau d’alho, 16 de setembro de 1837:” *Há pouco foi por Jury desta comarca condemnado à pena ultima o réo preto Antonio, pelo facto de haver assassinado o seu próprio senhor o falecido Antonio Manoel da Trindade, cujo processo, e relatorio foi à dias remetido à Vossa Excelência na forma do artigo 4º do Decreto novissimo*

de 9 de março do corrente anno. O misero estado a que se acha reduzido este infeliz quase todo coberto de ulceras, e bixos, aponto de lhe ter cahido pedaços de carne podre, como prezenciei na ultima visita da cadeia, tornando dest" arte pertifera, e encomoda a mesma prisão, em que se achão muitos outros presos, me obriga à solicitar de Vossa Excelência a mais abreviada decisão dada Ella, o aniquilamento, ou morte do referido réo, que se vai de dia em dia aproximando, não seja o acto, pelo qual a sociedade patentei solemnemente, que se não viola com impunidade os direitos mais importantes, e sagrados do cidadão. No caso porem, de que Vossa Excelência resolva demorar esta decisão, rogo-lhe a expedição de suas ordens para que o mesmo réo seja quanto antes removido da prisão, em que se acha para outra, ou para algum Hospital, onde possa comodamente tratar-se, enquanto se não decide de sua sorte. Deus Guarde Vossa Excelência muitos anos Pau d'alho 16 de setembro de 1837 Ilustrissimo e Excelentissimo Senhor Vivente Thomaz Pires de Figueiredo Camargo/ Presidente da Província Fernando Affonso de Melo Promotor Público"³

A Constituição de 1824 e adendos posteriores atribuíam aos Promotores Públicos o caráter de empregados públicos.

Na concepção de PIMENTA BUENO o Ministério Público como quase todas as instituições, na fase Monárquica, era incompleta, sem unidade e harmonia. Simplesmente a semente foi lançada, frutificou e se aperfeiçoou ao longo dos anos.

PRUDENTE DE MORAIS FILHO aponta como obra Republicana o Ministério Público como instituição nacional, criada a 14 de novembro de 1890.

O Decreto n.º 2.579, de 16 de agosto de 1897 traz a exposição de motivos do Ministro da Justiça AMARO CAVALCANTI onde ele diz;" Antes do decreto n.º 1.030 havia representantes do Ministério Público perante os juizes criminaes, e, civis em que eram interessados a fazenda pública, os orphãos e as pessoas a este equiparadas, porem não existia propriamente a instituição".

A partir do Decreto n.º 1030, o Ministério Público passou a funcionar como: O advogado da lei, o fiscal de sua execução, o procurador dos interesses geraes, o promotor da acção pública contra todas as violações do direito, o assistente dos sentenciados, dos alienados, dos asylados e dos mendigos, requerendo o que for a bem da justiça e dos deveres de humanidade".⁴

A constituição de 1891 na seção III- Do Poder Judiciário- preceitua no art.58 § 2º- "O Presidente da República designará os membros do Supremo Tribunal federal, o Procurador Geral da República, cujas atribuições Sr definirão em lei. Mais adiante a primeira carta Magna da República no art. 82 das Disposições Gerais estabelece: "os funcionários públicos são estrictamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgencia, ou negligencia em não responsabilisarem effectivamente os seus subalternos. Paragrafo único- O Funcionario publico obrigar-se-há por compromisso formal, no acto da posse, ao desempenho dos deveres legais"⁵

Os promotores públicos ao serem nomeados, assumiam o compromisso de fiel desempenhar suas funções, considerados para todos os efeitos funcionários públicos.

O Decreto n.º 9.263, de 28 de dezembro de 1911, no seu art. 158 assim prescreve: "O Ministério Público perante as autoridades constituídas, é o advogado da lei e o fiscal da sua execução, o promotor da acção pública contra todas as violações do direito".

O Decreto n.º 16.273, de 20/12/1923, no art. 125 corrobora o Ministério Público como órgão da lei e fiscal de sua execução. Seu papel foi pouco a pouco se delineando, admitindo-se sua intervenção judiciária, garantindo-se a sua independência junto aos poderes públicos, assegurando-se a sua ação a todas as esferas, atingindo todos os recantos da máquina judiciária. No âmbito desses Princípios foi se processando o desenvolvimento da instituição, a ponto de hoje se confirmar aquela séria previsão do **Ministro ALFREDO VALLADÃO**: *“O Ministério Público se apresenta como a figura de um verdadeiro poder de Estado. Sr MONTESQUIEU tivesse escripto hoje o “Espírito das Leis” por certo não seria tríplice, mas quádrupla a divisão dos Poderes do Estado”*.⁶

A Constituição Brasileira de 1934, pela primeira vez traz em seu bojo a previsão do **QUINTO CONSTITUCIONAL**. Por outro lado, ratifica mais uma vez o status de funcionário público aos Promotores Públicos. Assim estabeleceu, dedicando uma secção: **DO MINISTERIO PÚBLICO**, um dos órgãos do **CAPITULO VI- DOS ORGÃOS DE COOPERAÇÃO NAS ACTIVIDADES GOVERNAMENTAIS** (art. 95 a 98).⁷

O ingresso na carreira passou a ser mediante concurso.

No Título **DA JUSTIÇA DOS ESTADOS, DO DISTRICTO FEDERAL E DOS TERRITORIOS** foi inserido o **QUINTO CONSTITUCIONAL** no art. 104, § 6º:” Na composição dos tribunais superiores serão reservados lugares, correspondentes a um quinto do número total, para que sejam preenchidos por advogados, ou membros do Ministério Público de notório merecimento e reputação ilibada, escolhidos de lista tríplice, organizada na forma do §3º”.

Desta feita, promotores públicos, funcionários públicos do Poder Executivo.

A Lei Magna de 1937 no seu art. 105 estabeleceu: “Na composição dos tribunais superiores, um quinto dos lugares será preenchido por advogados ou membros do Ministério Público, de notório merecimento e reputação ilibada, organizando o Tribunal de Apelação uma lista tríplice”.⁸

O Ministério Público como Instituição não mais fez parte do texto constitucional aludido, como determinou a Constituição anterior. No art. 109, Parágrafo Único: “A lei regulará a competência e os recursos nas ações para a cobrança da dívida ativa da União, podendo cometer ao Ministério Público dos Estados a função de representar em juízo a Fazenda Pública”.⁹

É evidente que os representantes do Ministério Público continuavam a ser integrantes do Executivo e, mas, funcionários públicos nos termos dos Artigos 156 a 159 do mesmo diploma constitucional. ¹⁰

A Constituição de 1946 dedica ao Ministério Público quatro artigos, no Título III (Artigos 125 a 128). Os promotores públicos ainda são considerados funcionários públicos do Poder executivo com arrimo nos Artigos 184 a 194, respectivamente. ¹¹

O quinto constitucional previsto no art. 124, Inciso V assim estabelece: “Na composição de qualquer tribunal, um quinto dos lugares será preenchido por advogados e membros do Ministério Público, de notório merecimento e reputação ilibada, com dez anos, pelo menos de pratica forense. Para cada vaga, o Tribunal, em sessão e escrutínio secretos, votará lista tríplice, escolhido um membro do Ministério Público, a vaga seguinte será preenchida por advogado”.¹²

Na Constituição de 1967 o Órgão Ministerial foi incluído no Capítulo VII- DO PODER JUDICIÁRIO. Nos Artigos 137 a 139. Continua o Ministério Público local, representando em juízo a União, nas comarcas do interior. São funcionários públicos para os efeitos próprios, contudo foi registrado no art. 139 que o Ministério Público dos Estados seria organizado em carreira, por Lei estadual. Aplicando-se aos membros do Ministério Público a Vitaliciedade e os vencimentos fixados com diferença não excedente a vinte por cento de uma para outra entrância, atribuindo-lhe aos da entrância mais elevada não menos de dois terços dos vencimentos dos desembargadores.¹³

No art. 136, Inciso IV ficou assim o QUINTO CONSTITUCIONAL: “Na composição de qualquer Tribunal será preenchido um quinto dos lugares por advogados em efetivo exercício da profissão, e, membros do Ministério Público, todos de notório merecimento e idoneidade moral, com dez anos pelos menos de prática forense. Os lugares no Tribunal reservados a advogados ou membros do Ministério Público serão preenchidos, respectivamente, por advogados ou membros do Ministério Público, indicados em lista tríplice”.¹⁴

O Ministério Público através das Emendas Constitucionais e Constituição de 1969 fora elencado na Seção do Poder Executivo nos arts. 94 a 96. Pela primeira vez a Constituição estabeleceu a possibilidade de Lei Complementar, visando fixar normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público Estadual, observado o disposto no § 1º do art. 95. A lei Complementar n.º 10, de 06 de maio de 1971 determinou normas para o cumprimento do citado artigo constitucional. A forma embrionária da Lei Orgânica Nacional e Leis Orgânicas Estaduais. O QUINTO CONSTITUCIONAL ficou assim configurado no art. 144, Inciso IV- “Na composição de qualquer Tribunal, um quinto dos lugares será preenchido por advogados, em efetivo exercício da profissão, e, membros do Ministério Público, todos de notório merecimento e idoneidade moral, com dez anos, pelo menos de prática forense. Os lugares reservados a membros do Ministério Público ou advogados serão preenchidos, respectivamente, por membro do Ministério Público ou advogados, indicados em lista tríplice”.¹⁵

Justificativa

A Lei n.º 7347/84 – Ação Civil Pública já trazia a ferramenta por excelência de atuação Ministerial no âmbito dos interesses difusos, homogêneos e coletivos, recepcionada pela nova Ordem Constitucional. Na verdade a Constituição de 05/10/1988 pauta a Instituição Ministerial dentro de um novo arcabouço estatal, onde as atribuições assumidas a partir de então transformaram por completo os ideais e os mecanismos de ação, legitimando o Ministério Público como agente político, ou seja, instrumento institucional de defesa do Estado de Direito Social Democrático, desvinculada dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Seu papel e sua feição mudaram, passou a ser órgão essencial à Justiça com autonomia funcional e financeira, visando a concretização da Justiça Social. Órgão estatal com feitura de Poder Dever, onde a defesa da Ordem Jurídica, o Regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis acarretaram uma ação dirigida para fazer valer a Ordem Jurídica Constitucional garantidora de políticas públicas nas áreas da educação, saúde e direitos sociais.

O quinto constitucional mesmo atrelado a uma Instituição de cunho eminentemente social, vinculada a aspectos finalísticos, convive naturalmente com essa nova estrutura como se nada tivesse mudado e como se a natureza institucional continuasse nos moldes anteriores, onde o Promotor Público, funcionário público, integrante do poder executivo exercesse exclusivamente suas atribuições tradicionais.

O art. 94 da Constituição da República Federativa do Brasil assim preceitua: “Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais. Dos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros do Ministério Público com mais dez anos na carreira, e, de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes. Parágrafo Único – Recebidas as indicações formará lista tríplice, enviando-se ao Poder Executivo, que, nos vinte dias subseqüentes, escolherá um de seus integrantes para nomeação”.¹⁶

Para composição do Superior Tribunal de Justiça, os Tribunais Federais e Tribunais do Trabalho e Militares, também, são destinados um percentual de vagas para o Ministério Público de conformidade com o disposto nos Arts. 104, Inciso II, 106, Inciso I, 111 § 2º, 115, Inciso II e 123, Inciso II, todos do citado diploma constitucional, respectivamente.¹⁷

Antes do advento da Constituição Cidadã, o ingresso de membros do Ministério Público nos Tribunais Estaduais e Superiores traduzia uma realidade funcional bem diferente, que se justificava, até certo ponto porque como órgão do Poder Executivo, o tratamento constitucional correspondente, seria coerente e aceitável no elenco das atribuições até então conferidas.

Os resquícios híbridos dos Poderes ora Executivo, ora Judiciário lograram na manutenção do quinto constitucional vigente até os dias atuais. O membro do Ministério Público, quase sempre o Procurador de Justiça ingressa no Tribunal Estadual na vaga no quinto constitucional, passa como num passe de mágica a integrar o Poder Judiciário, uma verdadeira transposição de cargo e instituição quando escolhido, após exercer anos a fio, labutar pelo caminho da identidade institucional ocorre uma solução de continuidade e ele simplesmente transforma-se em Desembargador ou Ministro de Tribunal Superior. Alguns concentram-se para esse desiderato até conseguir de fato integrar o quinto constitucional, candidatando-se reiteradas vezes.

O ideário institucional, a experiência, o convencimento, aliados aos objetivos de interesse Ministerial se perdem no tempo e no espaço, são despercebidos, até relevados. Novas perspectivas surgem e as antiga inquietações de cunho Ministerial adotam novos rumos e interesses. É na verdade uma prática de enfraquecimento institucional, na medida em que aquele ex-membro do MP atuará segundo uma nova postura, na maioria das vezes, incompatível com os dados teleológicos, inerentes a um integrante do MP, principalmente após dez anos de experiência, maturidade na função exercida e até funções de gestão de órgãos superiores e até de órgão de classe que exerceu. Até situações inusitadas de integrantes do MP aposentados serem escolhidos na vaga dos Advogados, por exemplo.

O quinto constitucional ainda, na feitura atual pode ser visto como o resultado do

Jogo do poder, da barganha, da influencia e de interesse, onde prevalece o que tem maior prestígio na instituição e no governo, pois no caso dos Ministérios Públicos Estaduais não é a classe quem escolhe e sim um Colegiado do Ministério Público da unidade da federação. O órgão Superior envia lista ao Poder Executivo. Por outro lado, aqueles que alegam oxigenação e prestígio institucional, olvidam que a vaga deveria ser Institucional e não pessoal daquele escolhido e nomeado, passando a ser uma vaga de caráter pessoal, ferindo de morte os pilares básicos da Carta Magna, ou seja, dois dos Princípios da Administração Pública, previsto no art. 37: Impessoalidade e Eficiência. Por outro lado, seria pertinente a indagação: Quais os benefícios trazidos ao Ministério Público como um todo?

Uma Instituição Una e Indivisível, preocupada com a solução de conflitos coletivos, aqueles com maior dificuldade de acesso à Justiça e até com a celeridade nos julgamentos das demandas sociais, a concretização dos Direitos Humanos, atuante em prol de uma sociedade mais justa, igualitária e solidária, construindo passo a passo sua identidade e prioridades podem conviver com obstáculos de toda sorte, entretanto não pode se esquecer de sua própria identidade, construída ao longo dos anos e reconstruída a partir de 1988. Uma postura de dignidade funcional todas as vezes que impõem os desafios, muitas vezes intransponíveis. A essência, aquilo que a torna diferente dos demais órgãos e/ou poderes, obrigada a atuar, que se faz independente, na dinamicidade de suas atribuições constitucionais e legais, simplesmente seu membro, parte de um todo, emigrará para outra Instituição totalmente distinta, espaço onde exclusivamente apreciará as questões trazidas a baila, a “neutralidade” é a nova palavra de ordem, atuação diferente, nova sem qualquer retorno Institucional, porque aquele ex-membro é extirpado do corpo que pertencia e não mais lhe pertence, muitos até se desvincula da entidade de classe a que originalmente era filiada.

Daí a pergunta que não quer calar: Como fazer diferente?

Como compatibilizar o quinto constitucional, segundo a nova “Ordem Jurídica”, a qual atribui ao órgão Ministerial um status de Poder ou Poder dever sem perder o rumo institucional (meio) e o papel de defender a Cidadania plena (fim)? Um Ministério Público de cunho social, que seja instrumento de defesa da Cidadania e os ideais Democráticos.

O quinto constitucional se for vislumbrado como um “mal necessário” ou “ossos do ofício”, um mecanismo indispensável na estrutura do Poder Estatal, qual seria a melhor solução de enfrentamento para a questão proposta, sem desfigurar a essência institucional. A primeira reflexão seria se considerássemos a necessidade de um cadastro prévio dos interessados logo após o ingresso no MP, onde o interessado externasse de forma espontânea e objetiva que teria o desejo de transpor o cargo de integrante do Ministério Público para a vaga do quinto constitucional surgidas no tempo. Neste caso o membro do MP conhecedor dos aludidos interessados pautaria sua atuação para o fim colimado, Porque, senão vejamos: Quem pretende sair da Instituição como poderia, concomitantemente se candidatar ao cargo de Procurador Geral, Conselheiro dos órgãos Superiores, Corregedor Geral, Presidente do Órgão de classe, e, assim sucessivamente? Não temos a pretensão de radicalizar, mas de trazer reflexões a respeito das incongruências do quinto constitucional com a natureza e finalidades do Ministério Público.

Tramita por muito tempo o projeto de Emenda a Constituição n.º 96-A/92 que altera o art. 94 que passaria a seguinte redação: “Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos tribunais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros do Ministério Público, com mais de dez anos de efetivo exercício, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista tríplice pelo respectivo órgão de representação de classe ou instituição(NR)”

Na nossa óptica, a questão em tela seria compatível ao fim proposto, se a vaga do quinto destinada ao órgão Ministerial fosse do próprio MP a lista enviada aos órgãos do Poder Judiciário, fosse vinculada a um mandato institucional, ou seja, a própria Instituição fosse a detentora da vaga do quinto, e, a outorgasse a um membro do MP, durante um período pré-estabelecido (provisório), consoante atributos inerentes e após eleição direta (votação de todos os integrantes da carreira). Aquele escolhido para a vaga do quinto atuaria segundo os ditames teleológicos da instituição, sempre ouvindo os anseios e objetivos institucionais, norteados pela Constituição Federal, as leis e a própria consciência, sempre buscando interferir na real tarefa de construção da verdadeira Justiça Social, expressa em ideais perseguidos durante mais de duas décadas de agenda funcional, com direito a recondução, após período de dois anos. Não atendido as expectativas do mister prometido em carta proposta pelo candidato ao quinto. Ao termino do mandato, através de eleição, é claro, outros membros serão escolhidos, a cada vaga do quinto, e, assim, sucessivamente, sempre na busca de afirmação dos fins institucionais.

Conclusão: O caráter imprescindível da implantação de mandato para os membros do Ministério Público como mecanismo democrático e teleológico de compatibilizar o quinto constitucional ao Ministério Público verdadeiramente social.

Recife, agosto ,2013,

[1*](#) Promotora de Justiça Criminal da comarca do Recife-PE.

Roberto Lyra em sua obra: Theoria e Pratica da Promotoria Pública. Livraria Editora Jacintho.Rio.1937p.14 “Opa”: **expressão para designar uma espécie de capa sem mangas,com aberturas por onde se enfiavam os braços, usadas pelas confrarias e irmandades religiosas(Dicionário de Aurélio Buarque de Holanda.**

[2](#) Idem.p.15. Todo Promotor de Justiça deveria ler,pois certamente compreenderia porque o autor é denominado o “Príncipe dos Promotores”.Sua visão social latente, a defesa da sociedade encarnada, antes mesmo de sua incorporação Constitucional em 05/10/1988.

[3](#) Ob,cit. P.109/110

[4](#) Texto extraído da Compilação de Campanhole – Constituições do Brasil. 13º edição. Editora Atlas S.A.São Paulo.199 p.764.

[5](#) Idem p.772

[6](#) Roberto Lyra. Ob. Cit. P.17

[7](#) Compilação de Campanhole- Constituições do Brasil . 13 º edição.editora Atlas S.A. São Paulo. 1999.p.711.

[8](#) Compilação de Campanhole- Constituições do Brasil, 13 º edição, Editora Atlas S.A. São Paulo.1999 p. 617.

[9](#) Idem. p. 617.

[10](#) Idem. p..626

[11](#) Idem. P.505 e 520

[12](#) Idem.p.504

[13](#) Idem, p. 424- O ato complementa n.º 40, de 30/12/1968.

[14](#) Idem.p.58

[15](#) Idem. P. 62/63

[16](#) Idem p. 65

[17](#) Idem. p.66

A Ética na construção da identidade do Ministério Público Brasileiro.

*Rosemary Souto Maior de Almeida**

1. Introdução

O órgão Ministerial tem dois momentos bem definidos em seu processo histórico. A função criminal e a defesa dos desvalidos na área cível. Um período anterior a Constituição de 05/10/1988 e, a atuação de um verdadeiro Ministério Público Social, pautado na Carta Magna como um defensor da cidadania em todas as suas facetas, permanecendo com sua atribuição criminal originária, promovendo a Justiça Penal e assumindo outras responsabilidades na sua atuação institucional. Um típico defensor de direitos humanos em todos os recantos deste país continental. Na verdade essa nova gama de prerrogativas e garantias constitucionais a partir de 88 ampliou, também, sua responsabilidade para enfrentamento de questões sociais complexas, de difícil solução, tais como: em defesa da criança e do adolescente, do patrimônio e moralidade pública, meio ambiente, cidadania, eleitoral, enfim desafios nas áreas da saúde, educação e Direitos Humanos. Esse novo Ministério Público impôs a todos os seus integrantes um novo olhar e uma nova forma de ação Ministerial que fora construída a partir de então. Vários colegas do Brasil inteiro se dedicaram e trabalharam, instauraram vários Inquéritos Cíveis Públicos, impetraram muitas ações civis públicas e investigaram esquemas de corrupção e até malversação de verbas públicas, foi um caminho árduo e muito conturbado. Uma atuação combativa, culminando muitos acertos e alguns desacertos, próprios da atividade humana. Um MP composto de mulheres e homens, levando consigo toda a experiência e bagagem de conhecimentos para trabalhar da melhor forma possível. Em contrapartida a legião dos desafetos começou a crescer e se proliferar.

O Ministério Público através de seus abnegados Promotores de Justiça e alguns Procuradores de Justiça adequaram sua visão para os maiores dramas vivenciada pela população menos favorecida. A Instituição encarou desafios pioneiros e extremamente difíceis. No silêncio e na solidão de suas comarcas cada um de *per si* assumiu um compromisso moral e funcional, inspirados no verdadeiro pacto social. As experiências exitosas ou não concretizaram atividades laboriosas vistas e reconhecidas pelos próprios cidadãos como um órgão atuante, combativo e sério. Um órgão que exerce de fato e de direito a sua função essencial de Justiça, instaurando investigações criminais e administrativas históricas e sem precedentes, numa época em que remávamos contra a maré. Na verdade não havia, ainda, os Conselhos de controle social e mesmo assim após vários anos consecutivos esse trabalho foi identificado, reconhecido pelo povo brasileiro como uma instituição de credibilidade social no país inteiro.

Como nós trabalhamos na Promotoria de Justiça de 1990 até os dias de hoje, ou seja, mais de vinte e três anos, podemos afirmar, sem medo de errar, que de 1990 até 2002, o MP cresceu, se estruturou e foi à luta. De lá para cá algo de diferente aconteceu. A partir de 2003, salvo melhor juízo, precisamente durante o Congresso Nacional do Ministério Público em

Gramado-RS tivemos a certeza da mudança ocorrida. Uma percepção nossa, mas, também, compartilhada por muitos, quando não havia as redes sociais e as formas instantâneas de relacionamentos e divulgação de informações **pela internet**.

Esse Congresso para nós mostrou uma queda substancial dessa força motriz que alimentava os sonhos de seus membros. Descobrimos que muitos de nós deixamos de investir na profissão, de participar de Congressos Nacionais do MP; de participar de debates, de apresentar trabalhos em seminários, congressos e outras modalidades afins, a ponto de constar que “**vestir a camisa**”, passou a ser algo retrô ou jurássico, “**coisas dos antigos**”. Olvidamos o sacrifício institucional de mais de uma década e no âmbito de uma época difícil e repleta de desafios, um fator comum para quem enfrenta os desmandos, os excessos e até o grande patamar de corrupção, a união e a indivisibilidade do MP restou abalada. O que aconteceu?

Nesse trabalho, não vamos trazer respostas herméticas, muito pelo contrário, trazemos reflexões, na busca de respostas as aludidas indagações. Não propomos sugestões excepcionais, apenas trazemos a baila essas inquietações que são comuns, porém, muitos colegas, talvez, não ousem discuti-las pelo receio de serem mal ou indevidamente compreendidos. Nós preferimos, como sempre, correr o risco!

Acreditamos que dentre outros fatores, procuraremos neste trabalho levantar críticas construtivas, que poderão até doer nas nossas carnes, todavia reputamos imprescindíveis, pois não podemos esperar o “acaso”. Como exemplo, citamos a PEC- 37 - um episódio que funcionou como um grande termômetro, indubitavelmente derrotada pela força da sociedade organizada, indo às ruas e dizendo “não”, embora os interessados continuem articulados e com aberrações inseridos no Ordenamento Jurídico Brasileiros .

Como a Ética funciona no nosso grupo?

Cada integrante do Ministério Público Brasileiro tem uma percepção individualizada da instituição ao ingressar. E como um grande atrativo recente foi certo patamar vencimental fixo e razoável, coisa que não acontecia anteriormente com certa frequência, pois vivíamos em verdadeira “**corda bamba**”, foi imperioso lutar para superar essas e outras dificuldades, se sucederam ,até chegar ao estágio atual. Onde se conclui que em qualquer unidade da federação os vencimentos são razoáveis, compatíveis com o esforço e o nosso trabalho diuturno, mas, como a prestação do nosso serviço é continuada, diversa e cada dia mais especializada, com o povo mais bem informado, tendo mais conhecimento dos direitos violados pelo Estado e pelos demais violadores na iniciativa privada, procura de forma crescente o Ministério Público na esperança de receber de todos nós a atenção merecida. Os colegas lutaram muitos, ainda, se encontram na ativa lutando e outros, infelizmente se aposentaram. Assim ,é o ciclo vicioso.

Quem chegou à instituição e encontrou um MP com autonomia financeira e administrativa; estruturado, bem equipado; com uma credibilidade conquistada com muito suor e lágrimas daqueles que verdadeiramente foram protagonistas na construção dessa nova identidade do Ministério Público, talvez pense sempre foi assim. Talvez, como quem “**pegou o bonde andando**” não vislumbre mais utopias, ainda existem muitas trincheiras inexploradas. Tudo pode melhorar, com maiores condições e até planejamentos estratégicos, projetos, programas etc. avançar sempre e não mitigar nunca. É justamente aí o cerne da questão: essa identidade já iniciada, precisa ser reciclada, amoldada e depois consolidada, sem solução de continuidade, porque os problemas sociais e as violações de Direitos Humanos se encontram

aí, nas nossas **“caras”**. Enquanto grupo de integrantes de uma só instituição não podemos deixar a **“peteca cair”**, como se diz na linguagem popular. Resgatar historicamente essa instituição é o nosso grande dever e somente será possível se cada um possa refletir e começar **“de novo”**, pensar no aqui e agora, sintonizado no século XXI, vislumbrando uma nova era de conhecimentos e atuação funcional voltada para o novo ser humano, utilizando-se dos ensinamentos do filósofo Heidegger, **“um companheiro de viagem indispensável no atravessamento do século XXI”** nos termos de um novo pensar na obra HEIDEGGER URGENTE.¹

A serenidade na qual Heidegger cogita não implica em lamentar e nem demonizar a tecnologia, ele apenas faz uma relação do pensamento com o segredo, até hoje velado na essência da técnica. Na verdade, ele diz: **serenidade para com as coisas, cuidado preocupado com o mundo, deixa ser, abertura pra o segredo – ethos de meditação sobre os destinamentos do Ser, nascidos de um pensamento que é, em si mesmo, ação.**²

Não podemos perder a capacidade de pensar e criticar internamente, buscar novos caminhos e alternativas como seres pensantes, em interação com seus semelhantes (coletividade), sem olvidar a **essência do homem, compete ao próprio homem, ser finito, dar significação própria ao mundo e aos outros homens, não como mestres e sim como pastor do ser, aqueles que correm atrás dos pensamentos, contudo, visando ações concretas**, mediante iniciativas e avaliações de eficácia e eficiência. Ouvir mais as comunidades, participar dessas vivências, discussões e suas reivindicações, não ficarmos presos ao passado ou ao presente, ao comodismo de nossas próprias visões e até omissos às realidades dinâmicas nas cercanias, sempre susceptíveis a críticas da própria sociedade em cada área de nossas atuações.

O Brasil melhorou, melhorou muito, segundo a ONU (Organização das Nações Humanas), o IDH (Índice de Desenvolvimento Humano) melhor, na renda *per capita*, longevidade, queda da mortalidade infantil e aumento da fertilidade. O IDH de 1991 foi muito baixo e alto em 2010, não foi melhor por conta do acesso a educação, pois a maioria continua sem conseguir estudar.³

Um grande desafio, nesse contexto, para todos nós, seria enfrentarmos a problemática acima aludida e criarmos meios concretos de pensar e agir para que todos os cidadãos do país tenham acesso a Educação! O Ministério Público é um dos órgãos legimitados na Constituição para exigir políticas públicas na educação é uma delas.

2. Etica e Moral

Em linhas gerais, pode ser entendida como o conjunto de preceitos morais sobre o que é certo ou errado ou, como parte da filosofia destinada aos princípios orientadores do comportamento humano.

Em face dessa dualidade, partimos da premissa de que cada ser humano tem seus preceitos morais próprios e, em condições saudáveis, sabem discernir o que é moral e imoral, embora para cada grupo social um padrão de comportamento definido, pode ser delineado como ético segundo um código, pode ser fácil dizer, na pratica são condutas imensuráveis.

No cotidiano, é comum nós empregarmos de maneira diversa os termos ética e moral.

*“Ética , em geral, remete a ideais elevados, princípios universalmente aceitos e cultivados, imunes às variações históricas e culturais. Moral identifica-se como normas e regras sociais, preceitos de caráter restritivo, com freqüência correlacionados aos comportamentos de ordem sexual. Na conversação diária tal distinção é simples e raramente provoca maiores reflexões”.*⁴

Se fizermos uma aproximação ao tema Ética, Cidadania e Educação, no contexto desse trabalho podemos encontrar em Thiago de Mello uma clara relação:

Cidadania é dever do povo

Só é cidadão

Quem conquista o seu lugar

Na perseverante luta

Do Sonho de uma Nação.

É também obrigação:

a de ajudar a construir

a claridade na consciência

de quem merece o poder.

Força gloriosa que faz

Um homem ser para outro homem

Caminho do mesmo chão, Luz solidária e canção.

3. A Ética Contemporânea

A discussão sobre ética no encerrado século XX se inclinou para o novo milênio, incorporando as transformações sociais e históricas, que enfraqueceram a idéia de estabelecer verdades eternas. As guerras mundiais, a ampliação dos direitos das “minorias”, dos “excluídos”, a revolução sexual, inovações tecnológicas, a cultura de massa, a globalização, as ações afirmativas constituem um substrato complexo, os questionamentos éticos incluem as contradições e a liberdade. Os novos horizontes científicos e tecnológicos do século XX, considerados como um verdadeiro progresso, não efetivaram o ideário sonhado pelo positivismo. A violência urbana, e no campo, a fome mata muitos em várias partes do planeta, os novos diagnósticos de doenças (depressão, síndrome do pânico); a solidão, a concentração de renda, os abusos sexuais de crianças e adolescentes, assim como tantas outras tragédias humanas, persistiram como desafios para a nova era , temos respostas, porém não temos soluções.

A ética a ser pensada é expressão de uma atitude crítica de si mesmo, *“relacionada às circunstancias incomuns da vida de uma pessoa ou sociedade. Trata-se de situações que levam os envolvidos a uma reflexão sobre suas ações dada a necessidade de decidir como proceder, da melhor forma possível, diante de eventos inesperados. São circunstancias singulares em que as certezas, garantidas por um julgamento anterior, foram destituídas e que, portanto, exigem de seus participantes a coragem de arriscar novos modos de agir. Consequentemente podemos falar de acontecimentos que abrem uma distancia entre aquilo que se é e aquilo que se pode vir a ser e inauguram novas possibilidades de vida. Fatos históricos como a “descoberta” das Américas, o 11 de setembro ou o nascimento ou morte de um ente querido são exemplos de acontecimentos que, apesar de serem proporcionalmente diferentes, vistos que quantitativamente atingem um maior ou menor*

*grupo de pessoas, são iguais em intensidade, pois implicam a alteração do sentido que conferimos ao mundo e a nós mesmos. Fazemos referência principalmente a situações em que os balizamentos, que servem para orientar as condutas dos homens, perdem sua suficiência e precisam ser postos em questão, dando lugar a tantos outros. Os códigos são sempre segundos em relação às experiências éticas, pois são suas formalizações”.*⁵

Um mundo apenas com significação física e sem nenhuma significação moral, como preleciona Schopenhauer seria “o mais pernicioso, o erro fundamental, a própria perversidade do modo de pensar, e no fundo é aquilo que a fé personificou como anticristo. Não obstante e a despeito de todas as religiões que em sua totalidade afirmam o contrário disso, buscando fundamentá-lo à sua maneira mítica, este erro fundamental nunca desaparece completamente da Terra, mas ergue sempre, de tempos em tempos, novamente sua cabeça até que a indignação geral lhe obriga a esconder-se. (...) Porém, enquanto mesmo minha ética permanece ignorada pelos professores, prevalece nas universidades o princípio moral kantiano e, entre suas várias formas, a preferida é a da “dignidade do homem”. (...) Por isso eu gostaria de propor a seguinte regra em oposição à forma do princípio moral de Kant indicado: com cada pessoa com que tenhamos contato, não empreendamos uma valorização objetiva dela de acordo com valor e dignidade, nem consideremos a maldade de sua vontade, nem a limitação de seu entendimento e a incorreção de seus conceitos: porque o primeiro poderia facilmente causar ódio, e a última, desprezo; tenhamos em vista antes somente seus sofrimentos, suas necessidades, seu medo, suas dores: pois assim sempre teremos com ela alguma familiaridade, nos simpatizaremos com ela e ao invés do ódio ou desprezo, sentiremos aquela compaixão que unicamente forma ágape{amor} pregada pelo evangelho. Para impedir que o ódio e o desprezo se manifestem contra alguém não é a procura de sua pretensa “dignidade”, mas antes o ponto de vista da compaixão o único apropriado”.⁶

Na nossa atuação cotidiana, o amor se apresenta como uma ferramenta valiosa e eficiente porque as tragédias humanas são levadas ao nosso seio, para promoção da Justiça. Um sentimento construtivo humanizará sempre as nossas ações e observado o princípio da ação e reação, atrairemos, também, benefícios e frutos dessas investidas, na maioria das vezes, difíceis, fazem toda a diferença e se espalham na sociedade.

Não podem permitir a individualidade superar a coletividade, mais uma vez Schopenhauer nos ensina: “É espantoso como a individualidade de cada pessoa (i.e.) este caráter determinado, com este intelecto determinado), como uma tinta penetrante, determina todas as suas ações e pensamentos, até os mais insignificantes; em consequência do que todo o curso da vida, i.e., a história exterior e interior, de um ser revela fundamentalmente diferente do outro. (...) De fato, o fundamento e a propedêutica para todo conhecimento humano é a convicção de que o agir do homem, no todo e no essencial, não é conduzido pela razão e seus preceitos. Por isto ninguém se torna isto ou aquilo por mais que queira sê-lo, mas seu agir procede de seu caráter inato e imutável, é determinado de modo mais próximo e específico pelos motivos e conseqüentemente é o produto destes fatores. De acordo com, isso, é possível comparar a atividade de um homem com o curso de um planeta que o resultado da força tangencial que lhe é dada, e da força centrípeta procedente de seu sol: a primeira força representa o caráter, a segunda, a influencia dos motivos. Isto é mais que uma

*mera comparação: pois a força tangencial, da qual parte propriamente o movimento, enquanto é limitada pela gravidade, constitui a vontade se apresentando em um tal corpo”.*⁷

A dignidade humana vislumbrada por nós nas variadas manifestações da integridade física e a saúde, da vida familiar, no trabalho, a liberdade, o direito de ir e vir, educação, moradia, minorias, inexistência de preconceitos, tolerância etc. são aspectos inspiradores e a violação desses direitos nos obriga a agir, independentemente se temos vontade ou não, haja vista, se tratar de uma vontade coletiva de uma instituição do calibre do Ministério Público, não é a toa, que muitos a denominam de PODER-DEVER. Cada um de *per si* na sua labuta diária não pode arredar-se de tal desiderato.

A propósito de se cogitar reflexões, em prol do Humanismo, Fernando Araújo nos oferece em sua obra uma nova versão de Direito Natural I mediante a utilização da contenção do poder estatal pelo cidadão e diz: *“De um absolutismo que podia tudo e fazia tudo em nome de uma equivocada soberania, e o que é pior, às vezes invocando delegação divina. Sem dúvida, o direito é humano, porque é do homem, o qual tem naturalmente direitos que decorrem de sua natureza de homem, de humano.(...)A crítica histórica dos autores em tela chama a atenção de todos nós para a circunstancia de que, verificando melhor as coisas, os homens constataram que a tese individualista da época iluminista era equivocada, pois a pessoa não era o ser forte e que bastava a si mesmo. Ao contrário é um ser social, carente, frágil, às vezes indefeso e inseguro, precisando quase sempre da ajuda e do apoio dos outros.”*⁸

O órgão Ministerial, como defensor do regime democrático, tem um compromisso institucional de proteger e defender todas as violações do **Estado de Direito Social Democrático**. Um desafio construído e em construção, precisando ser aprimorado e mais atuante nesse sentido.

O país progrediu em alguns aspectos para melhor: as classes pobres e médias têm maior poder aquisitivo e maiores acessos a bens e serviços. Concordamos quando o autor diz: *“Mas alguns aspectos das mudanças seriam benéfico. O principal é a ênfase na organização da sociedade. A inversão da seqüência dos direitos reforçou entre nós a supremacia do Estado. Se há algo importante a fazer em termos de consolidação democrática, é reforçar a organização da sociedade para dar embasamento social ao político, isto é, para democratizar o poder. A organização da sociedade não precisa e não deve ser feita contra o Estado em si. Ela deve ser feita contra o Estado clientelista, corporativo, colonizado”.*⁹

Neste particular, tem tudo a ver para prevenir e reprimir esses abusos eleitoreiros, corrupção e impunidade. A Ética Contemporânea é difícil e sempre será, ao mesmo tempo possível, mesmo que seja uma “ficção útil”. *“Em geral tem havido uma tentativa de fazer da ética objetiva e universal, quando há evidencias claras de que existe uma enorme gama de crenças diferentes sobre como demos nos comportar em relação uns aos outros”.*(...) O retorno a “**ética da virtude**” pode ajudar a evitar algumas conseqüências indesejáveis dessas duas doutrinas, mas pode ser constrangedoramente vaga sobre como uma “sensatez situacionista” tomam decisões morais que são consistes e comprometidas.”(…) “se pudermos encarar o fato de que somos apenas seres com o domínio limitado de “**conhecimento**”, que obtemos por meio de um conjunto pouco confiável de equipamentos perceptivos e conceituais, talvez haja esperança para nós. Nunca poderemos alcançar uma certeza ética. Mas podemos nos tornar moralmente mais conscientes. Se, enquanto espécie, não o fizemos, então simplesmente não evoluiremos. A ética é, definitivamente, algo, que

vale a pena”.¹⁰

4. Ética E Ministério Público

O Ministério Público nesse contexto aprendeu a ser um participante ativo, autor e protagonista da sua própria história, criador do seu próprio futuro, criador de discussões éticas do nosso tempo e da nossa sociedade consumista e quase sem limite aponto de ser indispensável; *“A análise dos limites morais do mercado torna inevitáveis tais questões. Ela requer que pensemos juntos, em público, como atribuir valor aos bens sociais que prezamos. Seria absurdo esperar que um discurso público de maior robustez moral fosse capaz de levar, mesmo nas melhores condições, a algum consenso em torno de cada questão polemica. Mas certamente teríamos aí uma vida pública mais saudável. E estaríamos mais conscientes do preço que pagamos por viver numa sociedade onde quase tudo está a venda”*.¹¹

Na sociedade predominantemente consumista nos deparamos nas relações intersubjetivas, ora com inversão e até ausência de valores, exceto o conhecido **“vil metal”**. A aparência é o essencial, a pessoa passou a valer pelo vestuário; pelo automóvel utilizado; **“status social”** esquecendo-se de valores como generosidade, honestidade, afeto, tolerância e outros atributos imprescindíveis, nós não podemos nos deixar seduzir e na contramão de uma busca incessante e histórica da Sociedade Solidária, Fraterna e Justa, concretizar o grande desejo coletivo do Ministério Público Nacional e dos Estados-Membros.

O Ministério Público do século XXI, segundo Claudio Barros Silva tem como dever: *“por determinação constitucional, a defesa da ordem jurídica e do regime democrático. Certamente, não pretendeu o legislador constituinte que esta imposição constitucional fosse uma expressão retórica, despida de conteúdo e vazia de significado. No texto constitucional não há espaços para normas com estes qualificativos e que não atendam a uma finalidade específica, pública e de caráter geral”*.¹²

Ao adotar uma ação ética, significa se afastar de qualquer pretensão de síntese e neutralidade absoluta, porque a mesma não existe. O individualismo é vivido por quem não tem a capacidade de amar. Amar sempre: a si mesmo, aos outros e a vida. Ser individualista é se destacar como uma forma de viver só ou no âmbito familiar, o outro não é mais importante para aqueles que não se revoltam mais com a violência que mata, escraviza, banaliza sucumbindo à indignação.

Nós, Promotores e Promotoras de Justiça, a base dessa instituição, que damos vez e voz ao MP do Brasil precisamos reagir, por intermédio da atuação funcional correspondente e resistir a todas essas provocações e evitar a omissão. Não devemos esquecer nem por um minuto do Ministério Público Social, proativo, parcial e quem é o destinatário final de nossos serviços o povo, sem exceção. Do cidadão morador da favela, da criança moradora da rua, o mendigo, as crianças aviltadas e roubadas na sua infância, o preso, os adolescentes em conflito com a lei, enfim não temos outra opção. O lema é **“Aceitar pouco e enfrentar muito”**, com bem diz Mangabeira Unger em seu livro.

Todo esse esforço significa dizer não devemos aceitar os caminhos mais fáceis e cômodos. Ao enfrentarmos os desafios agiremos com Ética. Vale à pena adotarmos uma postura construtiva e crítica, a favor da efervescência das idéias: ouvir o outro e as comunidades por

meio de seus interlocutores; intervir nos grandes debates sociais, difusos e coletivos, os confrontos sociais inevitáveis e pacíficos. Ao agirmos assim estaremos dando a nossa parcela de contribuição, não somente sendo meros agentes públicos burocráticos, preocupados exclusivamente com o número de processos (**judiciais**) e procedimentos (**extrajudiciais**), criticando a si próprio ou colegas, amargurados pela inércia sem apontar caminhos ou esperando soluções mágicas. Receber no gabinete as pessoas simples da comunidade e dar às orientações adequadas, adotando as medidas pertinentes, se for o caso. Receber representantes de comunidades e dos poderes constituídos, ouvir e interagir com todos que tenham interface como o Ministério Público sem receios ou prevenções.

A nossa ética não é imposta e sim conquistada pela trajetória construída com nossos exemplos de atuações sejam elas exitosas ou não, se constrói nas relações interpessoais, realizadas por cada um de nós e por todos, como um verdadeiro espírito de corpo salutar.

Aqueles que escolheram o Ministério continuem a investir no cargo publico escolhido; aqueles arrefecidos de elã recuperem suas forças e criatividade para exercer seu **mister** em toda plenitude a vocação individual e pública, não foi por obra do acaso. Muitos não conseguiram uma vaga e outros desistiram no caminho. Promover a Justiça é exercer um papel importantíssimo, essencial , indispensável . Como consequência dessa atitude trabalhemos com amor, afincos, serenidade, persistência e abnegação. Agiremos sempre com a coragem (ação movida pelo coração, animado, encorajado) Muitas criaturas precisam de nosso olhar atencioso.

Um olhar social e democrático, respeitando as diferenças com vistas a construção de uma nova sociedade mais humanizada e inspirada na nova era de evolução do ser humano no planeta. A propósito das crianças Índigo: *“A concepção mais verdadeira, completa e profunda que conheço a respeito do ser humano é a concepção holística proposta pela Psicologia Transpessoal. De acordo com essa visão, o ser humano é um ser biopsicossocioespiritual e precisa ser compreendido, estudado e respeitado como tal. Essa concepção não se opõe à predominante visão mecanicista de nossa sociedade, que percebe e trata o ser humano como uma máquina, um mecanismo que pode ser decomposto em partes e manipulado, usado e explorado até a exaustão. A concepção holística vem isto sim, ampliar muitíssimo a visão, o olhar sobre o ser humano e a sociedade construída por ele, De acordo com a visão holística, o que se destaca é que **nossa essência é espiritual**. Possuímos uma alma e somos um todo indivisível no qual o corpo, mente e espírito interagem, se interrelacionam e são interdependentes. E esse todo indivisível que somos forma um todo ainda maior com nosso planeta ,a Terra, e com o Universo, com o Cosmo.O fato, como já disse, de que algumas ou outras pessoas não despertem para essa associação não altera a verdade.Mas, na medida em que um número crescente de pessoas desperta, descobre e torna-se consciente da verdade, cria-se uma massa crítica com poder e energia suficiente para que a verdade salte aos olhos da maioria, de todos.Ocorre uma transformação na percepção, na **gestalt coletiva** e uma nova visão se instala. Existem inúmeras experiências e explicações de cunho científico para tal processo.(...)Precisamos, principalmente ,abrir nosso coração. Necessitamos desenvolver uma visão holística, a qual só será possível na medida exata da integração das funções do hemisfério esquerdo do cérebro, responsável pela razão, raciocínio lógico e objetividade,às funções do hemisfério direito, que comanda a intuição, a criatividade, as emoções e a subjetividade.façõ questão de ressaltar que, para a visão holística predominar em nossa sociedade, será preciso que os cientistas e todos os que se*

pronunciem em nome da ciência estejam dispostos a rever suas posições e, principalmente, que se disponham a abandonar alguns paradigmas, aos quais ainda insistem em se apegar. Paradigmas estes que já foram derrubados pelas mais recentes descobertas da própria ciência. Vejam-se, por exemplo, as últimas descobertas da física quântica, da biologia, enfim. É necessário que mediante a grandeza de caráter, a integridade e a humildade possam admitir, em que pesem todos os incontáveis, inegáveis e fantásticos avanços da ciência, especialmente nos últimos 20 anos, estamos ainda distantes de alcançar a verdade mais profunda sobre nós mesmos, sobre o Universo e tudo que existe nele. Afinal, quem que pode afirmar e confirmar, com precisão matemática o que é verdade ou o que realidade? (...) As crianças Índigo representam a evolução da raça humana na Terra. Elas personificam toda a grandeza e a essência divina do ser humano, preconizadas por civilizações que nos antecederam no planeta e também nos textos bíblicos. Conforme Dário Bermudez (in Aisenberg, 2003)), evidências em diferentes partes d mundo parecem indicar que novos seres estão chegando ao planeta, seres com um nível muito mais elevado de consciência. Eles estão vindo para “mudar”, para construir, para deixar para trás o obsoleto e nos ensinar uma nova visão de tudo, com uma matéria-prima revolucionariamente óbvia: o amor.”¹³

Essas crianças poder ter uma energia de cor azul foi denominado de índigos por Nancy Ann Tappe em seu livro **Understanding your life through color, em 1980**. Aprendamos com o exemplo dessas crianças do novo tempo e procuramos ser mais comprometidos e sintonizados a evolução do pensamento e não continuemos na visão mecanicista de meros operadores do Direito, reproduzindo modelos absolutos m idéias e condutas totalmente ultrapassadas no cenário mais amplo das Ciências Humanistas. O Direito como categoria universal evoluiu, também, neste contexto. Não podemos ficar inertes ou omissos perante os novos paradigmas científicos.

A exemplo dessas novas possibilidades realizadas sempre com a energia do amor, o presente trabalho trouxe à baila as reflexões aqui suscitadas, visando um novo olhar por parte de nós, uma espécie de auto-crítica construtiva. Uma maneira mais amorosa e comprometida de observarmos os nossos desafios diuturnos. A sociedade evoluiu e precisamos evoluir, acompanhando os interesses sociais correspondentes.

5. Síntese Dogmática

As reflexões trazidas a baila tiveram o escopo de provocar uma discussão mais filosófica do “**pensar o Ministério Público**” frente à Ética mais antiga até a contemporânea, a que mais nos interessa. Como o trabalho é uma proposição reflexiva e a Ética um tema complexo e controvertido, procuramos ilustrar com idéias de alguns Filósofos e Cientistas, visando avaliar a nossa conjuntura e os nossos desafios daqui pra frente. Não temos a pretensão de esgotar o tema, pelo contrário a nossa tarefa aqui apresentada visa exclusivamente, tentarmos uma maneira de refletirmos o estagio atual e o futuro de nossa querida Instituição, com ênfase no pensamento de HEIDEGGER, no sentido de unirmos o nosso pensar com a nossa AÇÃO, não separarmos a retórica, com palavras de relevo, mas sim a concretude da nossa atuação funcional dia a dia.

A visão Holística e a Ciência Quântica como pilares de uma realidade e precisamos conhecê-las, no sentido de dar maior suporte aos nossos conhecimentos, racionalizamos a

nossa ação como pessoa e como agente de transformação social, “**defensores da cidadania e dos interesses sociais**”. Na medida do possível, em cada área específica procuraremos adotar uma postura pessoal de saúde plena, auferindo na nossa prática um maior conteúdo de espiritualidade, por que não? Até a Física admite porque nos agentes públicos do Estado não podemos refletir sobre as bases aqui esboçadas? O conhecimento não para de evoluir e nós Promotores de Justiça precisam investir no conhecimento novo: “**pensar o novo**”, nem que seja para discordar, não podemos é fechar os olhos ou até nos fechar em “**conchas**” ou “**ilhas**”, como já ouvi de um Promotor de Justiça do Rio de Janeiro. Não estamos impondo idéias e sim uma oportunidade de “**pensar o MP brasileiro ontem, hoje e amanhã**”, **O que somos ou o que almejamos?** É uma ousadia de uma simples de Promotora de Justiça Criminal com certa experiência de mais de vinte e três anos, vinte e dois dedicados ao interior do Estado, respeitando todos os colegas, procuramos por mais de uma década avaliar o bom momento de arriscar e levar o presente trabalho a apreciação dos colegas do Brasil inteiro e que se dispõem a ir ao Presente Congresso Nacional, pois a hora é “**agora**”. Na prática o tema do conclave conspira a favor e atmosfera é de avaliação do trabalho a partir do marco histórico de 05/10/1988.

Uma ação que vislumbre melhoria e qualidade de vida para o povo brasileiro, pois a credibilidade já foi conquistada e agora precisamos avançar e sonhar para o futuro (pelo menos mais uma década) objetivando a materialização de novos paradigmas na plataforma de trabalho de cada um e de todos. Por exemplo, a tão apregoada **independência funcional** não pode servir de obstáculo de natureza intrasponível para que o MP atinja seus interesses teleológicos. O livre arbítrio de cada membro do órgão Ministerial brasileiro não deve e não podem sucumbir os anseios institucionais relevantes, sob pena de nefastas conseqüências de ordem institucional e pessoal.

Uma atuação funcional **mais humanizada** e dirigida a todos que nos procuram ou são procurados por nós. **Reafirmação dos compromissos** em defesa dos interesses públicos e individuais indisponíveis. Uma tentativa de **maior espiritualidade nas relações interpessoais e maior engajamento de todos nós para os novos desafios sociais do século XXI**, porque a nossa instituição já tem uma identidade reconhecida pelo povo brasileiro e em cada unidade da federação e vocação pela cidadania construída ao longo de várias décadas e, pelo conjunto das obras realizadas pelo país a fora. Para continuarmos gozando dessa identidade e usufruindo seus frutos de credibilidade, é indispensável à utilização da ética a serviço dos verdadeiros objetivos almejados pelo Ministério Público Brasileiro. Como bem preleciona IHERING “**O fim do Direito é a paz, o meio para consegui-lo é a luta**”.

6. Conclusão

Adotarmos a Ética como uma ferramenta inarredável em todos os campos de atuação funcional (judicial e extrajudicial), visando à humanização de nosso olhar para os nossos semelhantes e para nós mesmos, motivados no quádruplo aspecto: biológico, mental, social e espiritual dos seres humanos em relações entre si, interconectados com o Universo, o Meio Ambiente, o Estado em si, os poderes constituídos e a sociedade politicamente organizada. Refletirmos com consciência funcional e coragem de ousar para cumprimos a nossa missão institucional. Um pensar coletivo com reflexo nas ações concretas de cada um de nós para o cumprimento de nossa vocação constitucional no processo evolutivo de aperfeiçoamento da

Identidade do Ministério Público no âmbito do Estado de Direito Social Democrático.

Recife, Agosto de 2013,

- [1](#) Giacóia Junior ,Osvaldo:Heidegger urgente:introdução a um novo pensar, São Paulo:Três Estrelas,2013. *O autor propõe ler adequadamente as obras de Heidegger porque significa pensar com ele e perguntar com ele, implicando ao mesmo tempo, veneração e rebeldia, pois para Heidegger, “ o questionar é a devoção do pensamento”pg.114.*
 - [2](#) Idem, pg.104
 - [3](#) IDH e IDHM divulgados no Jornal da Globo, dia 30/07/13.
 - [4](#) Vários autores:A ética nos Grupos: contribuição do psicodrama, São Paulo:Ágora,2002, pg.15.
 - [5](#) Ética e Subjetividade: novos impasses no contemporâneo, organizado por Silvia Tedesco e Maria Livia Nascimento. Porto Alegre: Sulina, 2009,pg.77
 - [6](#) Schopenhauer, Arthur, 1788-1860, Sobre Ética: tradução Flamarion C.Ramos,São Paulo: Hedra, 2012, pg. 39/41.
 - [7](#) Idem. Pg..73/75.
 - [8](#) Araujo, Fernando, Ética e dignidade(reflexões em prol do humanismo), Olinda: Polys Editora, 2005, pg.13/14.
 - [9](#) Carvalho, José Murilo de, Cidadania no Brasil:o longo caminho, 16 ed: Rio de Janeiro: Civilização Brasileira,2013,pg.227.
 - [10](#) Robinson,Dave,Garrat Chris, Entendendo:ética;tradução de Kelly Koide, São Paulo:LeYa, 2013,pg.172/173.
 - [11](#) Sandel, Michael J.,O que o dinheiro não compra:os limites morais do mercado;tradução de Clovis Marques,,: Rio de Janeiro ,Civilização Brasileira, 2012, pg, 20.
 - [12](#) O Ministério Público no século XXI:Os velhos e os novos desafios: Barros, Claudio Silva e outros autores,coordenador Helio Rubens Pinto Pereira, Rio de Janeiro, Editora Lúmen Júris, 2011,pg.1
 - [13](#) Cañete, Ingrid, Crianças Índigo: a evolução do ser humano,,: Osasco,SP:Novo Século Editora,2008,pg.19/20/21
- * 43ª Promotora de Justiça criminal da capital, com atuação na Segunda Vara dos crimes contra crianças e adolescentes

Pela Aprovação da PEC 555/2006 como inexorável na construção e garantia da identidade do Ministério Público Brasileiro.

*Rosemary Souto Maior de Almeida**

*Maria Bernadete Gonçalves Aragão***

Introdução

O Ministério Público Brasileiro com o advento da Constituição Federal de 1988 ampliou suas funções e assumiu um papel social de relevância pública. Não foi fácil enfrentar os novos desafios e construir uma Instituição com um novo perfil: defender a Ordem Jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis. Muitos integrantes do MP brasileiro foram artífices desse novo suporte funcional e custou muito suor e lágrimas para conseguirmos atingir um patamar de credibilidade perante a sociedade brasileira. Cada estado membro da federação assumiu seu papel, trabalhando arduamente nesse processo de construção no cenário nacional que deu certo. Muitos de nós foram e continuam sendo verdadeiros protagonistas desse órgão atuante, corajoso e de iniciativas em prol da cidadania brasileira. Como um dos órgãos legitimados para exigir políticas públicas de inclusão social e construção da paz, sofreu na luta, como preconizou, RODOLFO VON IHERING “o fim do Direito é a paz; o meio para atingi-lo,” (1). O Ministério brasileiro combateu um bom combate. Muitos de nós pelo decurso do tempo atingiram a aposentadoria, mas nesse processo a luta continua, porque o integrante de hoje, certamente será o aposentado de amanhã. Se por acaso, sucumbir nessa jornada, seus familiares serão o destinatário de seu trabalho(pensionistas). Todos nós labutamos com afincamento e dedicação durante um longo lapso temporal e para não ocorrer solução de continuidade é inarredável a certeza e segurança nossa e de nossa família nessa jornada até o final: **aposentados ou pensionistas**.

O ser humano pleno em qualquer fase de sua vida merece um olhar quadrimensional para o SER SAUDÁVEL. O que significa dizer, com muita propriedade o que diz o Físico LIMA: “*fato de que energia não se cria nem se destrói é obviamente aplicado a nós, que hodiernamente somos descritos como energia inteligente, isto é, consciência. Via de consequência, somos indestrutíveis e preservamos nosso aspecto fundamental íntegro, em que pesem as transformações da materialidade: nossa consciência, nossa individualidade espiritual*” (2). Um dos representantes da Ciência Quântica no Brasil que argumenta como saúde perfeita o que corresponde os aspectos físico, psíquico, social e espiritual em integração com o meio ambiente. Um feixe de inter-relações entre os semelhantes e o próprio universo em equilíbrio, tornando-se seres saudáveis. Em consequência os artífices do serviço público ao se aposentar não perdem esses pressupostos. Pelo contrário, continua ser um cidadão e como tal, merecedor de garantias e instrumentos que preservem seu *status* físico mental, susceptível de toda gama de assistência médica em todas áreas do conhecimento; *status* social, viver em

condições matérias propícias e com dignidade. Em via de consequência o conteúdo espiritual denotará maior experiência, riqueza de maturidade e por fim maior equilíbrio e felicidade. Não podem, sim plesmente, serem esquecidos pelo Estado e entregues a sua própria sorte. Por outro lado, serem objeto de manobras prejudiciais ao desenvolvimento sadio.

É muito importante debruçarmos na matéria em epígrafe, nosso compromisso funcional está diretamente correlacionado a promoção da saúde, como tutela estatal e trabalhar ano a fio e ao conseguir atingir um patamar de inatividade pela aposentadoria, não nos tornará “*cartas fora do baralho*”. Aquela visão imediatista não tem mais lugar hoje no Século XXI, precisamos enxergar o futuro, que é agora e carecemos de organização nessa área, também. O exemplo da PE-37 foi positivo. Tiremos ensinamentos da necessidade de uma articulação maior de todos nós, não podemos deixar que interesses particulares sejam a ordem do dia no Congresso Nacional, senão vejamos o que preleciona MURILO CARVALHO:” *O papel dos legisladores reduz-se, para a maioria dos votantes, ao de intermediários de favores pessoais perante o Executivo. O eleitor vota no deputado em troca de promessas de favores pessoais; o deputado apoia o governo em troca de cargos e verbas para distribuir entre os eleitores. Cria-se uma esquizofrenia política: os eleitores desprezam os políticos, mas continuam votando neles na esperança de benefícios pessoais*”. (3)

No contexto atual indicativo de uma democracia fragilizada, cabe ao MP enfrentar as grandes questões sociais, uma delas seria tentar quebrar esse ciclo vicioso de mazelas, *dentre as quais a questão nacional dos aposentados ora levada a reflexão nesse fórum de discussões*.

Justificativa

Quem trabalhou e se dedicou tanto tempo no processo histórico de construção do MP merece respeito e, sobretudo dignidade pelo esforço, pela dedicação e pelo compromisso social em defender o ideário institucional desde sempre e para sempre. Por outro lado, a Constituição Federal precisa ser cumprida e observada. Cada tijolinho edificado nessa construção foi importante e decisivo para o estágio atual de desenvolvimento da instituição e para o futuro, com a renovação de novos ou ampliados desafios. Tudo que lutamos em prol da sociedade e de nossas prerrogativas são complexas e difíceis, principalmente pelo crescente número de desafetos, malversadores de verbas públicas, desviadores do patrimônio público e no âmbito dos tentáculos das organizações criminosas denunciadas pelo MP, que em razão do seu profícuo trabalho social, são destinatários de retaliações por muitos, insistentes em mitigar as atribuições e prerrogativas daqueles que se encontram na atividade, assim como os demais aposentados do MP ou servidores públicos em geral . **A Emenda Constitucional n. 41 de 19.12.2003**, denominada “Reforma da Previdência”, trouxe para o serviço público consequências muito maiores do que sugere sua denominação. A referida Emenda, aprovada no Congresso Nacional no início do governo do presidente Lula, que por não contar com o apoio necessário no Parlamento para sua aprovação, valeu-se da ação inescrupulosa dos “**mensaleiros**” através do qual deputados, mediante paga ou recompensa, venderam suas consciências votando a favor do governo. Tal fato deu ensejo à ação penal 470, em final de julgamento perante o STF. A aludida Emenda modificou os arts. 37, 40, 42, 48, 96, 149 e 201 da Constituição da República e revogou o inc. IX do § 3º do art. 142 e dispositivo da **Emenda Constitucional 20, de 15.12.1998**.

Nessa ocasião, preocupada com as repercussões da dita reforma previdenciária na vida funcional e pessoal dos membros do Ministério Público, e, sobretudo com as danosas consequências sobre as carreiras jurídicas de Estado, a **CONAMP**. Formulou consultas aos eminentes juristas José Afonso da Silva, Celso Antônio Bandeira de Mello e Diogo de Figueiredo Monteiro Netto sobre a constitucionalidade das mudanças operadas. O resultado dessas consultas constituiu o objeto principal da **Ação Direta de Inconstitucionalidade de n.º 3.105** contra o art. 4º da **EC- 41**, cujo inteiro teor assim se expressa:

“Os servidores inativos e os pensionistas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em gozo de benefícios na data da publicação desta Emenda, bem como os alcançados pelo disposto no seu art. 3, contribuirão para custeio do regime de que trata o art. 40 da Constituição Federal.”

A inicial da **ADIN** em seu texto ressaltou que a norma impugnada contraria o disposto nos art. 5º, Inciso. XXXVI, 150, Inc. II, e 60, § 4º, Inciso IV, da CF.

E aponta que pelo art. 4º da **EC- 41/2003**, aos servidores públicos aposentados e aos que já cumpriram, até a data da publicação da Emenda em questão, os requisitos para a aposentadoria no regime anterior foi imposta a obrigação tributária de pagar contribuição previdenciária.

Ora, os servidores públicos aposentados e os que preenchiam as exigências de aposentação antes da vigência da nova norma constitucional estavam submetidos, quando de suas aposentadorias ou do momento em que poderiam se aposentar, a regime previdenciário que tinha caráter contributivo ou solidário. É fato que aqueles servidores públicos, depois de se aposentarem, tinham garantido, em virtude do próprio sistema previdenciário estabelecido na Constituição, **o direito de não pagarem mais contribuição previdenciária**.

Era pacífico o entendimento jurisprudencial do STF, segundo o qual a “Lei que regula a aposentadoria e a reforma é a vigente ao tempo em que elas ocorreram”. (RE. 15.587 – DF. Rel. Min. A de Andrada, DJ. **De 23.11.1950**) Essa é a interpretação que se dá nas análises dos procedimentos de aposentadoria.

Porém, o que fez a norma impugnada?

Simplesmente desrespeitou o direito adquirido dos servidores públicos aposentados e dos que já poderiam se aposentar até sua vigência e lhes impôs, de forma inconstitucional, a obrigação de pagarem contribuição previdenciária, sob o argumento de que a Previdência estava quebrada e necessitava de caixa para reverter o déficit. Não houve preocupação de se perquirir quais os motivos que acarretariam ou continuam alimentar o déficit. O argumento não se sustenta quando se analisa as contas do Regime Próprio de Previdência do Estado de Pernambuco, por exemplo, que foi criado com base na **Lei Complementar 28/ 2000**. Desde sua criação a alíquota estabelecida para o pagamento dos servidores públicos foi a **de 13,50%**, o que já configura em tese um confisco. Transcorridos todos esses anos, e após a cobrança de todos os servidores públicos aposentada e dos pensionistas, recebedores de vencimentos superiores ao teto do **Regime Geral de Previdência – INSS**, não se conseguiu baixar a alíquota e não foi diminuído o repasse das dotações orçamentárias do Governo para o fechamento das contas. O que se conhece é que a arrecadação total da contribuição previdenciária dos aposentados e pensionistas representam apenas **0,3%** do total da arrecadação previdenciária do Estado. Essa situação não ocorre apenas em Pernambuco, mas em vários outros Estados e inclusive no Regime Próprio dos Servidores Federais.

O objetivo da taxação dos aposentados e pensionistas era o de reverter o déficit financeiro

dos Regimes Próprios de Previdência dos Servidores Públicos. Porém, na prática tão reversão não ocorreu. Mas, teve o condão de prejudicar individualmente cada aposentado e pensionista, **afrontando os princípios da isonomia tributária, inscrito no art. 150, Inciso .II da CF., como se vê:**

“Art. 150 – Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

II – Instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontram em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação funcional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos”.

Sobre o tema evidencia o Jurista **José Afonso de Melo** o tratamento diferenciado entre servidores. Quer dizer, os proventos até o limite do teto do regime geral não sofrerão incidência da contribuição previdenciária. Porém o que perceber acima do dito teto pagará sobre o excedente.

Observa-se que passou a existir uma discriminação porque ao contrário ao que dispõe o art. 5º, *caput*, da CF., é assegurada a igualdade perante a lei sem distinção de qualquer natureza. Ou seja, a lei deve reger com iguais disposições – os mesmos ônus e as mesmas vantagens.

E o que é mais grave é que se essas discriminações viessem do poder constituinte originário, seriam legítimas porque a Constituição garante a igualdade de tratamento de situações iguais, com determinados proventos, porque cumpriu todos os requisitos para tanto, requereu a aprovação sem distinção de qualquer natureza que suas normas originárias mesmas não estabeleçam. Todavia, o poder constituinte derivado está limitado a obedecer ao princípio em sua inteireza, já que normas constitucionais derivadas não podem discriminar legitimamente, porque, segundo o art. 60, § 4º, Inciso IV, não se admite emenda constitucional tendente a abolir direitos e garantias individuais, como certamente é o princípio da isonomia.

É de estarrecer os que só agora se debruçam sobre o tema. Como estarrecida ficou a comunidade jurídica brasileira com a decisão emanada sobre a matéria pelo STF, que numa decisão açodada, manifestou-se pela constitucionalidade da famigerada emenda 41.

Há, portanto, uma década que os aposentados e pensionistas do serviço público que auferem vencimentos superiores ao teto do regime geral – INSS, encontram-se vitimados com a agressão a direitos definitivamente constituídos e ao princípio da irredutibilidade. Constata-se que aquele que tinha o direito subjetivo de se aposentar com determinados proventos, porque cumpriu todos os requisitos para tanto, requereu a aposentadoria e a obteve, passou a ser titular de um direito subjetivo já exercido, que, então, não é um mero direito adquirido, é mais que isso, **porque é uma situação jurídica definitivamente constituída**. A lei nova, incluindo emenda constitucional, não poderia mexer nessa aposentadoria e nem nos proventos dela decorrentes. Ressalte-se que retirar parte dos proventos significa reduzi-los, com infringência ao princípio da irredutibilidade da remuneração o que se tem é uma verdadeira **capitação**. É a apropriação de uma parte do patrimônio dos integrantes desse grupo com infringência ao direito de propriedade e dando evasão ao enriquecimento sem causa pelos cofres públicos. E o que ainda se traduz **em absurdo dos absurdos é a taxação dos pensionistas**. A pensão é adquirida em consequência da contribuição de terceiro, de que o pensionista depende. Nesse caso de apropriação patrimonial indevida, ou de forma de tributação ilícita, temos como ainda mais acachapante, ferindo todos os princípios constitucionais.

Após a decisão estarrecedora do Supremo Tribunal Federal a AMPPE com o irrestrito apoio da CONAMP, levou a matéria à apreciação da OEA (Organização dos Estados Americanos). Porém, aquela Corte Internacional não se manifestou sobre o mérito, posicionando-se pelo arquivamento do feito, talvez porque o instrumento pleiteado não foi aquele credenciado no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. No mérito a OEA não tinha meios de denegar o pleito, porque os direitos humanos incluem os DESCs (direitos econômicos, sociais e comunitários). Aquele que viveu na ativa com dignidade precisa, também, se aposentar com dignidade humana.

Então, surgiu e **proposta de emenda constitucional n.º 555/ 2006**, no intuito do próprio parlamento reparar o erro cometido, a injustiça praticada contra esses aposentados e pensionistas, vítimas dessa grave lesão do ordenamento jurídico do país.

A PEC 555/ 2006 carece de aprovação já! A mesma ao longo dos anos foi aprovada em todas as comissões da Câmara Federal, já conta com a assinatura da maioria dos líderes partidários e precisa do apoio de todos os seguimentos dos servidores públicos para sua aprovação. No âmbito de um conclave de integrantes do Ministério Público Brasileiro uma moção nesse sentido seria de excelente alvitre. Uma notícia alvissareira para todos nós. É importante consignar que durante esse tempo, a **CONAMP** permaneceu indiferente aos apelos de alguns, não se movimentando sequer para conclamar a classe para à luta! Muitos colegas, quiçá nada sabem a respeito. Seria de se indagar a **CONAMP** se não interessa o resgate dos direitos indevidamente confiscados dos seus membros aposentados. **E TAMBÉM**, se não lhe causa constrangimento assistir de forma pacífica valorosos colegas Promotores e Procuradores de Justiça perderem sua qualidade plena de vida, muitos ainda jovens e suas famílias além da dor da perda ter que amargar uma redução de **30%** em seus subsídios e dos **70%** restantes, no que exceder ao teto do regime geral passa a ser taxado com a contribuição previdenciária.

A PEC- 555 não é a que atende apenas os “**velhinhos**”. É a que busca resgatar direitos devidamente assegurados na Carta Magna e que atinge a todo o universo de servidores que auferem vencimentos acima do teto do INSS.

O Parlamento só se movimenta mediante pressão. Atualmente, o SINDIFISCO, o SIMEPE, a ANAFIP – Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil, a ASSOCIAÇÃO DOS Docentes da Universidade Federal de Pernambuco (ADUFPE) e outras entidades sindicais, tem efetuado um trabalho junto ao Congresso nesse sentido. A gravidade da lesão exige uma maior movimentação da classe que permanece inerte em razão do desconhecimento da matéria. Ressalte-se que a **AMPPE**, promoveu a ida de dois membros da Diretoria para se fazerem presente em Brasília no dia 10 de setembro, para um grande Encontro no Congresso de servidores públicos ativos, inativos e pensionistas para dar continuidade à luta pela aprovação da **PEC 555**, única forma de nos livrar desse imbróglio jurídico que tantos prejuízos têm causado a todos.

A nossa proposta é sair do pensamento para ação concreta, nos termos dos ensinamentos de HEIDEGGER “*Ler Heidegger adequadamente é pensar com Heidegger, o que também significa perguntar com Heidegger – o que implica, ao mesmo tempo, veneração e rebeldia, pois, para ele,*” **questionar é a devoção do pensamento**”. (4)

Uma das finalidades do MP é defender a Ordem Jurídica e porque não questionar as violações constitucionais, quando até o Supremo Tribunal Federal se curva, não obstante tantas evidências inconstitucionais.

Conclusão

Uma articulação maior de todas as Associações Estaduais do Ministério Público Brasileiro, visando a aprovação **da PEC- 555/06**, indispensável para o processo de construção e garantia da identidade do Ministério Público no cenário brasileiro para seus membros e demais servidores.

Recife, setembro, 2013.

Bibliograficas

IHERING, Rudolf.von, *A luta pelo direito*: prefacio de Clovis Bevilacqua;]tradução e notas por Ivo de Paula] São Paulo: editora Pillares,2009.

LIMA, Moacir de Araújo, *Quântica: Espiritualidade e saúde*. Porto Alegre, RS: AGE,2013, pg.9;

CARVALHO, José Murilo, *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 16 ed.- Rio de Janeiro, RJ:Civilização Brasileira,2013, pg.223/224;

GIACOIA, Junior, Osvaldo, *Heidegger urgente: introdução a um novo pensar*. São Paulo: Três Estrelas,2013, pg.114.

* Promotora de Justiça Criminal de Recife - PE

** Procurador de Justiça aposentada de Pernambuco

“Da Impossibilidade do Poder Designatório do PGJ Sobrepor-se ao Princípio do Promotor Natural em Casos de Continuidade do Serviço Público”

*Salomão Abdo Aziz Ismail Filho**

1. Introdução

O poder designatório do Procurador-Geral de Justiça, enquanto chefe do Ministério Público de um Estado Federado, pode sobrepor-se ao princípio do promotor natural, materializado em uma norma prévia de substituição, quando indica membros nas hipóteses de vacância, afastamento temporário, ausência, impedimento ou suspeição do titular de cargo, ou com consentimento deste?

Ou seja, poderia o PGJ, no ato de designar membros em substituição de outro Promotor de Justiça, ignorar uma prévia tabela de substituição automática, e indicar outro membro que não aquele previsto na referida tabela?

Responder a tais questionamentos é o objetivo desta tese jurídica.

2. Justicativa

O princípio do promotor natural encontra alicerce no art. 5º, incisos XXXVII¹ e LIII² da Magna Carta de 1988.³

Trata-se, primeiramente, de um direito fundamental de liberdade, no sentido de garantir que o cidadão (ou qualquer pessoa de direito em nosso ordenamento jurídico) não seja processado ou investigado por um acusador de exceção, escolhido casuisticamente para tanto. Deve, pois, a escolha de um Promotor de Justiça para atuar em determinado caso concreto submeter-se a uma prévia e objetiva regra de atribuição.⁴

De outro lado, também se configura o referido princípio em uma garantia à atuação do Promotor de Justiça, evitando que seja ele submetido a pressões ou a arbitrariedades da Chefia da instituição ou de agentes políticos externos a ela.⁵ Possui o princípio do promotor natural manifesta conexão com o princípio da independência funcional (art. 127, § 1º, da CF/88) e a garantia da inamovibilidade do membro do Ministério Público (art. 128, § 5º, inciso I, b, da CF/88).⁶

O poder designatório do Procurador-Geral de Justiça, para a continuidade dos serviços em casos de vacância, afastamento temporário, ausência, impedimento ou suspeição de titular de cargo, ou com consentimento deste, encontra-se previsto no art. 10, inciso IX, f, da Lei 8.625/93.⁷

Existe, ainda, a possibilidade do PGJ, por ato excepcional e fundamentado, exercer as funções processuais afetas a outro membro da instituição, submetendo sua decisão previamente ao Conselho Superior do Ministério Público (art. 10, inciso IX, g, da Lei 8.625/93).⁸

Entendemos, porém, que, nos casos antes mencionados, se resolver designar outro membro do MP para substituir o promotor natural, deverá o PGJ respeitar a regra de substituição automática prevista em um normativo prévio (a chamada tabela de substituição), elaborado pela Procuradoria-Geral e submetido ao Conselho Superior do Ministério Público, que o aprovará sob a forma de resolução.⁹

Apenas se cada um dos 03 (três) substitutos automáticos não puder, de forma justificada e por escrito, assumir o cargo vago, poderá o PGJ indicar um membro diverso daquele indicado pela tabela de substituição.

Destacamos, o princípio do promotor natural é um direito fundamental, com assento no art. 5º da CF/88, e norma infralegal alguma pode sobrepor-se a ele, ainda que trate das atribuições do Procurador-Geral de Justiça.

Aliás, nas hipóteses em que não puder ser observada a regra (tabela) de substituição automática, o ato designatório (portaria) do Promotor de Justiça substituto do cargo vago deverá fazer menção a isso, deixando claro para a sociedade o caráter precário da situação em que se encontra o membro substituto, porque poderá, a qualquer tempo, cessadas as causas que impediram os substitutos naturais (aqueles da tabela ou regra de substituição) de assumirem o cargo, deixar a função para a qual foi designado.

3. Conclusões

O poder designatório do PGJ submete-se ao princípio do promotor natural, nos casos de indicação de membros para assegurar a continuidade dos serviços, devendo observar regra (tabela, sob a forma de resolução) prévia de substituição automática, aprovada por ato do Conselho Superior do Ministério Público respectivo.

Apenas se cada um dos 03 (três) substitutos automáticos não puder, de forma justificada e por escrito, assumir o cargo vago, poderá o PGJ indicar um membro diverso daquele indicado pela tabela de substituição.

Nas hipóteses em que não puder ser observada a regra de substituição automática, o ato designatório (portaria) do Promotor de Justiça substituto do cargo vago deverá fazer menção a isso, deixando claro para a sociedade o caráter precário da situação em que se encontra o membro substituto.

Propomos alteração legislativa, no art. 10, inciso IX, alíneas *f* e *g*, da Lei 8.625/93, acrescentando-se a seguinte expressão *in fine*: *observada regra de substituição automática, previamente elaborada pela Procuradoria-Geral de Justiça e aprovada por ato do Conselho Superior do Ministério Público*.

4. Referências

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público, rel. Cons. Mario Sérgio Prata Rezende. Decisão nos autos do processo nº 0.00.000.000424-2006-78. Brasília, 18.12.2006.

Disponível em: <<http://aplicativos.cnmp.gov.br/jurisprudenciaWeb/buscaAvancada.seam>>.

Acesso em: 13.07.2013.

_____. Supremo Tribunal Federal, Pleno, rel. Min. Celso de Mello, acórdão nos autos do HC 67.759-RJ. Brasília, 06.08.1992. Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1491852>>. Acesso em: 14.07.2013.

GARCIA, Emerson. **Ministério Público**: organização, atribuições e regime jurídico. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2004.

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.

1* Promotor de Justiça do Ministério Público de Pernambuco, titular da 4ª PJ de São Lourenço da Mata
Não haverá juízo ou tribunal de exceção.

2 *Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.*

3 O STF, no histórico precedente do HC 67.759-2-RJ, declarou o princípio do promotor Natural como uma garantia da coletividade e do próprio Promotor de Justiça, limitando os poderes do Procurador-Geral. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno, rel. Min. Celso de Mello, acórdão nos autos do HC 67.759-RJ. Brasília, 06.08.1992. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1491852>>. Acesso em: 14.07.2013.

4 Consulte-se sobre o tema, JATAHY, Carlos Roberto de Castro. **Curso de princípios institucionais do Ministério Público**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Victor Roma, 2006, p. 73-76.

5 Por isso, Hugo Mazzilli define o princípio do promotor natural como aquele que pressupõe a existência de um órgão independente, escolhido por prévios critérios legais e não casuisticamente, através do chamado *promotor de encomenda*. Vide: MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime jurídico do Ministério Público**, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 117-127.

6 Sobre o tema, decidiu o CNMP que viola o princípio do promotor natural a atuação do Promotor de Justiça fora da Comarca onde é titular, com prejuízo para o exercício das suas atribuições na PJ da sua titularidade. Conforme, BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público, rel. Cons. Mario Sérgio Prata Rezende. Decisão nos autos do processo nº 0.00.000.000424-2006-78. Brasília, 18.12.2006. Disponível em: <<http://aplicativos.cnmp.gov.br/jurisprudenciaWeb/buscaAvancada.seam>>. Acesso em: 13.07.2013.

7 *Art. 10 Compete ao Procurador-Geral de Justiça: (...) IX – designar membros do Ministério Público para: (...) f) assegurar a continuidade dos serviços, em caso de vacância, afastamento temporário, ausência, impedimento ou suspeição de titular de cargo, ou com consentimento deste;*

8 *Art. 10 Compete ao Procurador-Geral de Justiça: (...) IX – designar membros do Ministério Público para: (...) g) por ato excepcional e fundamentado, exercer as funções processuais afetas a outro membro da instituição, submetendo sua decisão previamente ao Conselho Superior do Ministério Público;*

9 No dizer de Emerson Garcia, a tabela de substituição automática deve tomar a forma de resolução, promovendo a vinculação entre diversos órgãos ministeriais. A tabela de substituição automática, para o referido autor, prestigia o princípio do promotor natural e dinamiza a atividade administrativa no âmbito da Procuradoria-Geral de Justiça. GARCIA, Emerson. **Ministério Público**: organização, atribuições e regime jurídico. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2004, p. 151-152.

“Por uma nova Forma de Composição do Conselho Superior do Ministério Público”

Salomão Abdo Aziz Ismail Filho*

1. Introdução

O Conselho Superior é clássico órgão da Administração Superior do Ministério Público, em cada Estado da Federação brasileira, exercendo importantes funções de ordem administrativa e deliberativa em nossa instituição.

Após quase 25 anos da promulgação da Magna Carta de 1988 e passados 20 anos da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625, de 12.02.1993), não seria o caso de discutir uma nova forma para a sua composição, à luz dos novos tempos e desafios que se colocam ao *Parquet* neste novo milênio?

Responder a tal questionamento é o objetivo desta tese jurídica.

2. Justicativa

O Conselho Superior do Ministério Público dos Estados da Federação brasileira possui como membros natos o Procurador-Geral de Justiça e o Corregedor-Geral do Ministério Público (art. 14, inciso I, da Lei 8.625/93).

No entanto, apenas são elegíveis, para o Conselho Superior, Procuradores de Justiça, os quais não estejam afastados da carreira (art. 14, inciso II, da Lei 8.625/93).¹

Ora, como não existe hierarquia funcional entre os membros do Ministério Público,² defendemos que qualquer membro da instituição, seja ele Promotor ou Procurador de Justiça, pode vir a ser candidato a integrante do Conselho Superior da sua instituição, desde que não esteja em estágio probatório e venha desempenhando as suas funções há determinado lapso de tempo, como um indicativo de maturidade profissional para integrar o multicitado Conselho.

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 ao Conselho Superior do *Parquet*.

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.

Justamente por isso, é que 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 estadual 149/2009, que alterou o art. 9º da Lei Complementar Estadual 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, temos hoje, em vários Ministério Públicos da Federação brasileira, uma situação, no mínimo inusitada: um Promotor de Justiça pode ser candidato a Procurador-Geral de Justiça, o qual preside o Conselho Superior, mas não pode ser candidato a membro do referido Conselho...

A nossa proposta é que o art. 14, inciso II, da Lei 8.625/93, seja alterado para permitir a candidatura de qualquer membro do Ministério Público ao Conselho Superior, Promotor ou Procurador de Justiça, desde que possua ele o mínimo de 35 anos de idade e 10 anos de efetivo exercício funcional.

Caberá, assim, à Lei Orgânica de cada Ministério Público definir o número de vagas do seu Conselho Superior, como, aliás, já prevê o art. 14, *caput*, da Lei 8.625/93.

Todavia, outras alterações que dizem respeito ao Conselho Superior do Ministério Público fazem-se necessárias.

Dentre os seus membros natos (PGJ e Corregedor-Geral), deve ser incluído o Ouvidor do Ministério Público, função importantíssima, criada pela Emenda Constitucional 45/2004, que acrescentou à Magna Carta de 1988 o art. 130-A, § 5º. Cabe ao Ouvidor, literalmente, escutar da população queixas e opiniões a respeito da atuação funcional dos membros do *Parquet*. Seria ele o *Ombudsman* do *Ombudsman*.

Tal como o Procurador-Geral de Justiça, tanto o Corregedor-Geral como o Ouvidor do Ministério Público precisam ser eleitos por todos os membros do Ministério Público e não apenas por Procuradores de Justiça. O princípio da inexistência de hierarquia entre os membros do Ministério Público impõe tal conclusão.

Por conseguinte, faz-se necessário que a Lei 8.625/93 seja alterada para incluir o Ouvidor do Ministério Público como membro nato do Conselho Superior da instituição.

Demais, deverá ser prevista a eleição direta, por todos os membros do Ministério Público para os cargos de Ouvidor e Corregedor-Geral, seguindo-se a mesma lógica do PGJ quanto aos requisitos de elegibilidade: 10 anos de efetivo exercício no MP e o mínimo de 35 anos de idade.

Destarte, à luz das alterações por nós propostas, o Conselho Superior do Ministério Público teria como 03 (três) membros natos: o Procurador-Geral de Justiça; o Corregedor-Geral e o Ouvidor. Os seus demais membros seriam eleitos dentre os demais integrantes na carreira (Procuradores e Promotores de Justiça), observados os requisitos de possuir, no mínimo, 35 anos de idade e 10 anos de efetivo exercício na instituição ministerial.

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. E se os membros do Ministério Público desejarem, poderão continuar a eleger somente Procuradores de Justiça para integrar o seu Conselho Superior. Mas, que isso seja vontade da classe, mas não uma imposição legal!

Lembramos, a propósito, que já existe o Colégio de Procuradores de Justiça, órgão de caráter consultivo, deliberativo e revisional, a respeito de questões orçamentárias, administrativas e disciplinares do Ministério Público (v. art. 12 da Lei 8.625/93).

Por isso, em nosso sentir, a concentração da composição de membros do Conselho Superior do MP em somente Procuradores de Justiça 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, a mobilidade na carreira funcional dos membros do Ministério Público não é fácil e nem rápida. E, em vários Estados brasileiros, muitos dos que hoje exercem a função de Promotores de Justiça dificilmente conseguiram chegar um dia ao cargo de Procurador de Justiça.

3. 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 vir a ser candidato e, por conseguinte, ocupar uma das vagas destinadas ao Conselho Superior do *Parquet*, cabendo à Lei Orgânica de cada Ministério Público definir o número de vagas do seu Conselho.
2. Dentre os seus membros natos do Conselho Superior deve ser incluído o Ouvidor do Ministério Público.
3. O Corregedor-Geral e o Ouvidor do Ministério Público passam a eleitos por todos os membros do Ministério Público e não apenas por Procuradores de Justiça, exigindo-se as seguintes condições de elegibilidade: 10 anos de efetivo exercício no MP e o mínimo de 35 anos de idade.
4. A Lei 8.625/93 deverá ser alterada para se adaptar às mudanças propostas nesta tese jurídica.

4. Referências

GARCIA, Emerson. **Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2004.

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.

¹* Promotor de Justiça do Ministério Público de Pernambuco, titular da 4ª PJ de São Lourenço da Mata
No âmbito do Ministério Público do Distrito Federal, ramo do MP da União, acontece a mesma situação, embora lá exista o Colégio de Procuradores e Promotores de Justiça (v. arts. 153, inciso II, 162, inciso IV, e 163 da Lei Complementar nº 75, de 20.05.1993).

² MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime jurídico do Ministério Público**, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 138-139.

Uma política institucional de formação continuada

Samia Saad Gallotti Bonavides

Kelly Cristina Ferreira Tesserolli

Resumo

O estágio de organização e evolução institucional em conjugação com as disposições constitucionais que regem a Administração Pública e o Ministério Público brasileiros impõem a necessidade de ser pensada e estabelecida uma política institucional com característica uniforme, de formação continuada, sendo estas reflexões um resumo dos aspectos mais relevantes para a construção dela, que deve ser resultado de reflexão ampla entre os colegiados superiores do Ministério Público brasileiro.

1. Premissas.

Atualmente, mais que nunca, há necessidade que se estabeleça uma política institucional para a formação continuada de membros e servidores do Ministério Público brasileiro. A principal finalidade dela é o fato de selar o compromisso de transformar a realidade social, como instituição defensora da ordem jurídica, do Regime Democrático de Direito e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Desde a reforma administrativa instaurada pela EC 19/1998, a qual teve como objetivo *“permitir que a administração pública se torne mais eficiente e ofereça ao cidadão mais serviços, com mais qualidade”*, conforme esclarece Romeu Felipe BACELLAR FILHO citando os Cadernos do MARE¹, a administração pública, de todos os poderes e em todos os níveis, está obrigada a atuar sempre buscando a eficiência máxima, disso decorre como consequência a obrigação de preparo de seus agentes estejam preparados e devidamente qualificados.

A CF, no art. 37, *caput*, impõe à Administração Pública que observe alguns princípios vinculativos, como é o caso do “princípio da eficiência”, que implica na prestação de serviços de forma efetiva, o mesmo no tocante ao desenvolvimento das atividades estatais.

Este princípio foi incorporado ao conteúdo constitucional pela EC 19/98, sendo antes do direito administrativo apenas, que se traduzia no que Hely Lopes Meirelles chamava de “dever de eficiência”², e para Maria Sylvia Zanella DI PIETRO deve ser visto de duas formas:

O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço

Outro ponto que deve ser considerado é a chamada profissionalização da função pública. Romeu Felipe BACELLAR FILHO afirma que esta foi trazida pela reforma administrativa, lembrando que o interesse buscado pelo exercício da Administração Pública deve ser o dos cidadãos, tanto numa perspectiva individual, como em uma perspectiva coletiva, pois é dessa forma que a administração pública se legitima:

A Administração Pública legitima-se quando age em conformidade com o interesse público. Neste contexto, a *profissionalização da função pública* constitui instrumento de legitimação da Administração Pública brasileira perante o povo: (i) ...; (ii) segundo, para dar cumprimento ao princípio da eficiência, de uma Administração capacitada a responder aos anseios coletivos mediante a prestação de serviços adequados.⁴

Ele enumera alguns dispositivos constitucionais pelos quais se percebe que a intenção do legislador foi, em última análise, esta já mencionada profissionalização do servidor público: inc. V, do art. 37, o *caput*, do art. 39, o § 2º do art. 39, § 7º do art. 39 e o § 4º do art. 41.⁵

Especialmente com relação aos §§ 2º e 7º do art. 39 da CF, nota-se o intuito da CF em promover a formação, aperfeiçoamento e treinamento de servidores públicos, para que se alcance o melhor resultado nas atividades por eles desenvolvidas, isto é, para que se tenha eficiência na prestação do serviço público.

Desse modo, percebe-se de modo inequívoco que a Administração Pública tem o dever constitucional de estabelecer política que, não apenas incentive, mas também que conscientize seus agentes e servidores acerca da importância e imprescindibilidade de se buscar e investir na formação intelectual, cultural e profissional, de modo permanente e contínuo.

Especificamente em relação ao Ministério Público, tendo em vista o novo perfil constitucional, é necessário ressaltar que as demandas oriundas da sociedade e que devem ser defendidas pelo Ministério Público, são muitas e desafiadoras, não só porque se multiplicam, como também porque se diversificam, tornam-se complexas, exigindo um constante diálogo com a realidade social, e atualização científica, diante da evolução do direito e das outras ciências que complementam o conhecimento necessário.

Hoje a exigência é sem dúvida para além da formação meramente técnica, burocrática e dogmática, pois o intelectual de hoje tem que elevar muito seu padrão reflexivo e cultural, diante dos apelos necessários para humanização do indivíduo, e a formação continuada tem este importante papel de estimular o pensamento crítico, despertar a consciência e principalmente servir de veio condutor à construção coletiva do conhecimento, pois não é só a ciência jurídica e seus postulados que cumprem a tarefa enorme de dotar os juristas de instrumentos hábeis para que consigam ir além.

Na opinião de Gregório Assagra de ALMEIDA ao estudar o novo perfil do Ministério Público, há destaque para a importância da formação humanista, multidisciplinar e interdisciplinar dos membros e servidores do Ministério Público:

Para que haja a concretização do novo Ministério Público, constitucionalmente delineado, faz-se necessária uma mudança cultural de mentalidade atrelada aos valores éticos e humanos que compõem o núcleo do direito no pós-positivismo jurídico. A vida e sua existência com dignidade, em todos os seus planos, devem ser fatores de direcionamento da atuação institucional do Ministério Público.

Os cursos de ingresso, de vitaliciamento, de promoção na carreira e outros cursos que visem ao aperfeiçoamento funcional dos membros e servidores do Ministério Público devem ser tratados a partir de uma visão humanística fundada na solidariedade coletiva e no direito à diferença. Os próprios editais dos concursos públicos para ingresso na Instituição devem exigir o conhecimento sobre direitos humanos.

Por outro lado, a formação multidisciplinar e interdisciplinar é fundamental para que os membros e servidores do Ministério Público tenham uma visão mais holística da realidade social e das estratégias de atuação funcional da Instituição.

Uma das características principais dos novos direitos, especialmente os de dimensão coletiva, é a sua extrema complexidade. O operador do direito tem dificuldade para compreender e interpretar adequadamente os direitos coletivos somente com fundamento nas diretrizes estabelecidas pela ordem jurídica. Esses direitos, em geral, exigem um grau de conhecimento que se baseie em outras áreas de conhecimento, tais como a engenharia, a biologia, agronomia, sociologia, economia, ciência política, geologia etc.

A interpretação fundada no diálogo multidisciplinar e interdisciplinar é o melhor caminho para a boa e adequada compreensão dos novos direitos de dimensão massificada. A tendência é no sentido de ampliação desse diálogo com outras áreas de conhecimento, caminho hoje imprescindível para a oxigenação e revigoração do próprio Direito como instrumento de justiça e de transformação da realidade social.⁶

Nessa linha de ideias pode ser citado Marcelo Pedroso GOULART que ao falar do atual perfil do Promotor de Justiça diz:

Do ângulo político, só poderemos entender o promotor de justiça como trabalhador social, vinculado à defesa da qualidade de vida das parcelas marginalizadas da sociedade, a partir do momento em que rompa as barreiras que historicamente o isolaram dos movimentos sociais, passando a articular sua ação com esses movimentos. Deve assumir o seu compromisso político, não apenas nos aspectos da retórica e das elaborações doutrinárias, mas, sobretudo, na atuação prática, como intelectual orgânico.⁷ (grifo nosso)

Assim, os integrantes do Ministério Público precisam ser instigados a incorporar por completo esse perfil mais ousado, de verdadeiros agentes políticos, de efetivos transformadores da realidade social.

Na verdade tem que haver um comprometimento institucional, que deve ser permanente, parte importante desse papel deve ser desempenhada pelos Centros de Estudos e de Aperfeiçoamento Funcional e Escolas Superiores do Ministério Público, com tantas outras entidades acadêmicas e culturais, públicas e privadas, existentes no país e no exterior.

Os Centros de Estudos e as Escolas Superiores de todos os Ministérios Públicos contam com o Colégio de Diretores de Escolas dos Ministérios Públicos do Brasil - CDEMP, no qual são discutidas, por meio de fóruns permanentes (são cinco reuniões ordinárias por ano), questões afetas à capacitação e aperfeiçoamento nos Ministérios Públicos.

O CDEMP é um espaço de articulação política dos Diretores de Escolas e dos Centros de Estudos e de Aperfeiçoamento Funcional dos Ministérios Públicos do Brasil, que tem dentre

suas finalidades: I – propor e desenvolver, com unidade nacional e no âmbito de atuação de cada ente de origem do membro colegiado, as políticas e as ações de formação e aperfeiçoamento profissional do Ministério Público; e II – estimular e apoiar o desenvolvimento de ações voltadas ao aprimoramento do conhecimento científico em assuntos de interesse do Ministério Público.

Portanto, nesse espaço de constantes estudos, discussões e trocas de experiências, sempre de temas voltados ao aperfeiçoamento profissional do Ministério Público, o entendimento é de que a capacitação quer de iniciativa do próprio integrante, quer aquela que é promovida pelas Escolas, neste último caso, em sintonia fina com o planejamento da Instituição, é fator de evolução positiva que deve ser incentivada.

Os cursos de pós-graduação *lato sensu*, os *strictu sensu* e os estágios de pós-doutoramento, possuem finalidades diversas eis que, em regra, a pós-graduação *lato sensu* apresenta um viés de especialização para a atuação profissional (de forma ampla, quer seja ela uma atuação em carreira jurídica – advocacia, ministério público, poder judiciário, quer a própria docência). Por outro lado, na maioria dos casos, aqueles que se submetem a pós-graduação *strictu sensu* possuem interesse na vida acadêmica. Contudo, muitos daqueles que possuem títulos de mestre e doutor não se dedicam ao magistério, mas utilizam o conhecimento adquirido na sua profissão, já que tais cursos ampliam o saber, estimulam o pensamento crítico e a produção de conhecimento, ainda que esta seja apresentada nos afazeres diários inerentes às atribuições do cargo de Promotor de Justiça, por exemplo.

Portanto, é equívoca a ideia de que o mestrado e o doutorado servem apenas para atender interesses pessoais, sem beneficiar a atuação profissional. Para criar conhecimento novo, modificar ou transformar conhecimento aprendido, só há um caminho: a pesquisa. Precisa a instituição dos profissionais-intelectuais que pensem o direito, não apenas dos que o reproduzem sem pensar. Quem age de forma técnica e acrítica é grande candidato a ser tecnicista dogmático, que não é, via de regra, o transformador social.

Enquanto agentes políticos imbuídos dessa capacidade de promover mudanças de pensamento e influir nas boas práticas, são os membros capazes de educar para o exercício cidadania por meio, por exemplo, de cartilhas cidadãs e de audiências públicas.⁸ E também podem produzir conhecimento e, no exercício do magistério, influenciar os que ainda se encontram nos bancos acadêmicos em plena formação inicial, despertando vocações, defendendo as posições da Instituição e apresentando aos jovens acadêmicos, o Ministério Público pela sua feição constitucional. Pode-se perceber, assim, que o membro do Ministério Público ainda que fora de seu gabinete e não como Promotor de Justiça, mas como educador, exerce um papel importante eis que tem a instituição, como defende Gregório Assagra de ALMEIDA, função pedagógica⁹.

Diante de tais constatações, é preciso também superar a resistência que existe a nível nacional, com relação à acumulação da função ministerial com a atividade docente. Isso produz efeito de restrição nos atos regulamentadores, inclusive pela iniciativa das Corregedorias, e estabelecendo políticas institucionais que vão de encontro ao perfil do novo Ministério Público. Nesse ponto, vale lembrar que a acumulação de cargos é um direito constitucionalmente assegurado, consoante permissão contida na alínea “d”, inc. II, “§ 5º, do art. 128, da CF.

Outra questão que deve ser considerada é que o mestrado e o doutorado, embora

representem titulação acadêmica, quer o membro exerça, quer não exerça uma atividade docente, sem dúvida alguma produzem um resultado bastante positivo no campo da complementação da formação do integrante da carreira, o que repercute de maneira favorável e positiva na imagem Institucional, uma vez que essa formação possibilita reprodução, criação e transformação do conhecimento científico por meio do discurso institucional.

Assim, se não fosse por esse restrito grupo de membros que buscam incrementar e aperfeiçoar sua formação, certamente hoje o Ministério Público estaria bem mais encolhido, sendo reduzida sua projeção, pois as teses jurídicas defendidas pela Instituição junto aos Tribunais não teriam importância e não seriam consideradas para os compêndios doutrinários ou enquanto artigos veiculados nas importantes revistas jurídicas existentes no país ou fora dele.

É nesse prisma que fica evidenciada a importância e a necessidade de se estabelecer uma política institucional que incentive, estimule e valorize a formação continuada, a capacitação e o aprimoramento profissional, intelectual e cultural de membros e servidores dos Ministérios Públicos, política esta que deve ser entendida como imposição constitucional, eis que se trata de uma das ações a serem exercitadas para que as funções institucionais possam ser desempenhadas de modo efetivo e viabilizem a concretização dos postulados da Constituição Federal.

Os jovens de hoje como já salientado, inclusive, por Cristovam Buarque, são, em regra, mais egoístas e conservadores do que nós, o que significa que o caminho do conhecimento para eles deve ser aberto e incentivado, pois ainda são os bancos universitários os responsáveis pelas revoluções sem violência, aquelas que se processam pela transformação do pensamento, das posturas e das ações de cada pessoa.

Este é o panorama que se apresenta para nossa apreciação e reflexão. Há necessidade de uma visão ampliativa e não restritiva, já que equívocos de postura representarão num futuro próximo uma importante redução na dimensão institucional, quer no meio jurídico como no social, envolvendo a própria percepção e epistemologia institucional. Com isso se quer salientar o seguinte: como somos ou num futuro próximo seremos vistos e sentidos por todos? Como uma instituição burocrática com extrema eficiência formal apenas ou nos incumbiremos efetivamente de nosso papel de agentes políticos transformadores da realidade social?

Isso não se faz apenas com técnica, mas é preciso que exista arte, reflexão científica, mudança de paradigma de atuação. Neste último aspecto, eu diria que ainda está em curso tal transformação, pois muitos de nós somos ainda meros aprendizes das possibilidades de intervenção positiva na realidade social.

2. Conclusões

- 1) Há necessidade de ser estabelecida uma política de formação para o Ministério Público, sendo importante que estas reflexões sejam feitas nos seus colegiados nacionais.
- 2) Para ser mais clara a política, deve diferenciar as situações de uma formação continuada determinada pela Administração Superior e com estrita relação com os objetivos do planejamento institucional e a formação continuada buscada por iniciativa do próprio interessado.
- 3) As conclusões que disciplinam afastamento para frequência a cursos, devem ter tratamento uniforme em todos os Ministérios Públicos.

- 4) É preciso cuidar para que não continue se estabelecendo a tendência institucional conservadora e isolacionista, que não reconhece a importância da imersão acadêmica e da produção científica, pregando apenas o fazer burocrático, sem concessão para a construção de uma dogmática crítica e transformadora.
- 5) Há que se refletir sobre os espaços institucionais de excessiva preocupação com as atividades relacionadas à vida acadêmica, seus motivos e se eles são corretos e congruentes, pois na verdade o que se quer é um acréscimo de maior conhecimento e melhor desempenho, de todos os integrantes, o que vai à linha contrária de produzir efeitos negativos na formação acadêmica.
- 6) Tal postura, antes de estimular a formação continuada, o aprimoramento intelectual, acentua uma subcultura de desconfiança e desprezo pela atividade acadêmica, porque existe a necessidade de ser veiculado um discurso institucional, a partir da vivência e da pesquisa em áreas de atuação do Ministério Público.

3. Bibliografia:

ALMEIDA, Gregório Assagra de. O Ministério Público no Neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social. In: CHAVES, Cristiano; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson. **Temas atuais do Ministério Público: a atuação do *Parquet* nos 20 anos da Constituição Federal**. 2 ed. Rio e Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Profissionalização da função pública: experiência brasileira**. Disponível em: http://www.abrascam.org.br/estudos/junho_2007/30.06.08_drromeu.doc. Acesso em: 28/05/2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 75.

GOULART, Marcelo Pedroso. Ministério Público e Democracia: teoria e práxis. Editora de Direito. 1998. p. 98. Disponível em: <http://hdl.handle.net/123456789/1046>. Acesso em: 03/06/2013

¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Profissionalização da função pública: experiência brasileira**. Disponível em: http://www.abrascam.org.br/estudos/junho_2007/30.06.08_drromeu.doc. Acesso em: 28/05/2013.

² Idem.

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 75.

⁴ BACELLAR FILHO, op. cit.

⁵ Idem.

⁶ ALMEIDA, Gregório Assagra de. O Ministério Público no Neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social. In: CHAVES, Cristiano; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson. **Temas atuais do Ministério Público: a atuação do *Parquet* nos 20 anos da Constituição Federal**. 2 ed. Rio e Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 54-55.

⁷ GOULART, Marcelo Pedroso. Ministério Público e Democracia: teoria e práxis. Editora de Direito. 1998. p. 98. Disponível em: <http://hdl.handle.net/123456789/1046>. Acesso em: 03/06/2013

⁸ ALMEIDA, op. cit. p. 40.

⁹ Idem.

O Ministério Público no Século XXI – Novos paradigmas de atuação

Selma Magda Pereira Barbosa Barreto*

Eu tenho um sonho de que um dia esta nação se erguerá e viverá o verdadeiro significado de seus princípios: “Achamos que estas verdades são evidentes por elas mesmas, que todos os homens são criados iguais.” (Martin Luther King)

Introdução

As manifestações populares do junho de 2013, ocorridas de Norte a Sul do País, provocaram inúmeras reflexões sobre os rumos da política interna e representaram uma virada histórica no “viver político” do Estado Brasileiro. Através dos protestos a sociedade comunicou quais são suas pretensões e qual o País que desenha como projeto nacional.

Não foram movimentos político-institucionais, mas manifestações sociais, na maior parte avessa à política partidária. Nesse particular residem a força e a importância das manifestações populares, que conseguiram desestruturar muitos dos projetos “pessoais” de grupos e de políticos que não guardavam sintonia com a vontade do povo que dizem representar.

Nesse cenário de turbulência sócio-política, o Ministério Público não poderia deixar de estar presente – como efetivamente esteve –, ora como vítima das tentativas de “amordaçamento” por parte dos políticos e dos “grupos” insatisfeitos com as ações perpetradas pelo *parquet* em todo o País, frustrando ações criminosas e ímprobas de agentes, servidores e cidadãos contra o patrimônio público e contra a sociedade, ora como Instituição voltada para a proteção dos interesses sociais e individuais indisponíveis que cada vez mais se tornam demandas efetivas do cidadão em relação ao Estado-Administração e o Estado-Legislativo, dentro da realidade do Estado-Juiz.

É nesse contexto social que o Ministério Público brasileiro do Século XXI precisa atuar, direcionando suas forças e energias para o cumprimento da missão preconizada no artigo 127 da CF: *Defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos sociais e individuais indisponíveis*.

O Promotor brasileiro do Século XXI não é mais Promotor “Público”. A partir 05 de outubro de 1988 tornou-se *Promotor de Justiça* no sentido mais nobre da expressão, responsável pela efetivação dos princípios constitucionais insculpidos no artigo 3º da Magna Carta, como órgão promovente da *“construção de uma sociedade livre, justa e solidária, do desenvolvimento nacional, da erradicação da pobreza, da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais, combatendo qualquer preconceito, seja de origem, de raça, de sexo, de cor, de idade, ou quaisquer outras formas de discriminação”*, perseguindo, em todas as suas ações, o respeito à cidadania e à dignidade da pessoa humana, fundamentos do Estado Brasileiro – artigo 1º, CF.

Essa é a base da reflexão das próximas linhas, que tem como móvel os debates

institucionais do XX Congresso Nacional do Ministério Público, promovido pela Associação Nacional do Ministério Público – CONAMP, cujo tema é “25 anos do Novo Ministério Público – Construção de Uma Identidade”, a se realizar entre os dias 30/10 a 02/11/2003, na Cidade de Natal-RN”, objetivando a construção de ideias para a consolidação do perfil constitucional do Ministério Público a partir da Constituição Federal de 1988.

As proposições são frutos da experiência adquirida pela atuação em Promotorias de Cidadania tanto como promotora única em várias Cidades do Estado de Pernambuco (1995/2004) quanto como promotora especializada na área do patrimônio público (2004/2012) na Cidade de Camaragibe e, a partir de 2012, nas áreas de saúde, meio ambiente e consumidor na Cidade do Paulista.

I. Breve história do Ministério Público

As origens da instituição ministerial são desconhecidas, embora existam várias teorias acerca do tema. No entanto, as características do *parquet* na atualidade apontam para suas origens há mais de quatro mil anos, nos procuradores do rei – *magiai* – do Antigo Egito, responsáveis por “castigar os rebeldes, reprimir os violentos, proteger os cidadãos pacíficos, acolher os pedidos do homem justo e verdadeiro, perseguindo os malvados e mentirosos; por fazer ouvir as palavras da acusação, indicando as disposições da lei que se aplicavam ao caso; participar das instruções para descobrir a verdade, e pela defesa de certas pessoas, já que eram conhecidos como “marido da viúva e pai dos órfãos”, conforme lição de Machado¹”.

Alguns historiadores ainda atribuem as origens do Ministério Público aos *redoudaianni* babilônicos, também representantes do rei; aos *praefectus urbis*, que eram substitutos do rei de Roma, assumindo, posteriormente, a função judicante; aos *praesides* romanos, que exerciam funções judicantes e administrativas nas províncias romanas e, ainda, aos *procuratores caesaris*, que também exerciam funções de representação do imperador, exercendo jurisdição especial e atuando como procurador fiscal.

Na Idade Média, existiu o *missus dominicus*, que também exercia funções judicantes, mas em nada se assemelhava com o Ministério Público, tal qual os *bailios* e os *senescais*, que defendiam os senhores feudais em júízo, embora haja quem defenda tal teoria. Os *saions* germânicos, porém, são os funcionários mais próximos do Ministério Público da atualidade, pois tinham múltiplas missões: *defender o Fisco, intervir na Justiça, executar sentenças e representar os interesses dos incapazes*², embora ainda não se possa atribuir a eles as origens do *parquet*.

Foi na França, na *Ordenance* de Felipe, o Belo, que se instituiu de forma expressa o Ministério Público – *procureur du roi* – tendo como função a defesa dos interesses do Estado, distintamente dos bens dos reis. Foi uma reação dos soberanos contra os senhores feudais, criando um órgão que estivesse à altura da magistratura, atuando perante o Judiciário, de forma independente e no mesmo patamar. A partir de então o Ministério Público passou a ser chamado de *parquet* ou magistratura de pé, pela maneira como os *procureur du roi* se dirigiam aos magistrados: *em pé*³, firmando-se como instituição.

Em 1789 o Ministério Público Francês consolidou-se como órgão independente pela Corte de Cassação Criminal, ao impedir o Judiciário de criticar ou censurar as conclusões ministeriais.⁴ Após a Revolução Francesa assumiu, por força de lei datada de 1790, a

representação da sociedade e dos interesses superiores e indisponíveis, abandonando a representação dos interesses do rei e da coroa⁵.

No Brasil Colônia, as Ordenações Manuelinas de 1521 referiram-se ao Promotor de Justiça exigindo que fosse *“letrado e bem entendido para saber espertar e alegar causas e razões, que para lume e clareza da justiça e para inteira “conservaçon” dela convém”*. As Ordenações Filipinas instituíram a figura do Promotor de Justiça da Casa de Suplicação que detinha, dentre outras funções, as de promoção da justiça, de formação de libelos contra os seguros ou presos. Mais tarde, se transformaram em procuradores dos feitos da Coroa e da Fazenda e, finalmente, assumiram a responsabilidade pela fiscalização das Cadeias, ao lado do Solicitador da Justiça da Casa da Suplicação.

Após a Proclamação da República, o Ministério Público recebeu destaque legislativo no Código Criminal de 1832, que lhe atribuiu a persecução criminal de vários crimes, assim como a persecução da prisão e punição de criminosos e execução de sentenças e mandados judiciais. Em 1836 foram conferidas ao Ministério Público as atribuições de visitação mensal a prisões e a fiscalização do andamento dos processos criminais e diligência da soltura de réus.

Em 1890 através do Decreto nº 848, que organizou a Justiça Federal no Brasil, Campos Sales – Ministro e Secretário dos Negócios da Justiça do Presidente Mal. Deodoro da Fonseca – concedeu ao Ministério Público independência em relação aos demais poderes constituídos, cuja realidade foi efêmera, pois a Constituição Federal de 1891 silenciou a respeito da figura ministerial. Em 1934 a Constituição conferiu estabilidade aos membros do *parquete* regulamentou o ingresso na carreira. Em 1937 a Constituição novamente representou um retrocesso para o Ministério Público brasileiro, que recebeu destaque apenas quanto à composição dos tribunais, ao ser instituído o quinto constitucional para seus membros. No entanto, em 1946 a Constituição Democrática trouxe novos ares ao Ministério Público criando o Ministério Público Federal e o Estadual, estabelecendo sua estrutura e atribuições, estabilidade na função dos seus agentes, concurso público de provas e títulos e os critérios de promoção e remoção.

A Carta Política de 1967 subordinou o Ministério Público ao Judiciário e proibiu os concursos públicos de provas e títulos internos com a Emenda Constitucional nº 01/1969 – que consolidou a Constituição de 1969 –, suprimindo do Ministério Público as mesmas condições de aposentadoria e vencimentos atribuídos aos juízes e a sua independência, ao subordiná-lo ao Poder Executivo, ao lado das Forças Armadas e funcionários públicos. Em 1977, respirando-se os ares da redemocratização – que se iniciou efetivamente em 1979, sob o Governo do General João Batista Figueiredo, com o retorno do pluripartidarismo brasileiro –, a Emenda Constitucional nº 07 permitiu a organização dos Ministérios Públicos dos Estados através de Leis Complementares. Em 1981, a LC nº 40 traçou o perfil do Ministério Público atualmente adotado na Constituição Federal de 1988.

Em 12 de fevereiro 1993 foi promulgada a Lei Complementar nº 8.625, denominada Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, que estabeleceu as normas gerais da organização dos Ministérios Públicos Estaduais.

II. A atuação do Ministério Público antes da Constituição Federal de 1988

A consolidação do Ministério Público perante a nova Ordem Constitucional se deu dentro da aura democrática que invadiu o País após os anos da Ditadura Militar, instalada a partir de 1964.

Na vigência das Constituições de 1937 e 1967 foi conferido ao Ministério Público destaque na área cível apenas pelos Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973, tanto como órgão interveniente quanto órgão agente.

O CPC de 1939 estabelecia em seu artigo 80, § 2º, a intervenção ministerial nas ações envolvendo incapazes; o artigo 604 para a remoção de tutores e curadores e o artigo 606, parágrafo único, para promover a interdição dos absolutamente incapazes. Na área econômica, o artigo 334 conferia a legitimidade do Ministério Público Federal para intentar a ação de marca de indústria ou de comércio. Na área patrimonial, o artigo 404 estabelecia a obrigatoriedade da intervenção ministerial nas causas envolvendo remissão de hipotecas legais; o artigo 595, nas retificações de registro público, e o artigo 455, § 3º, nas ações de usucapião; o art. 460, § 2º estabelecia a exigência de intervenção do Ministério Público no Registro Torrens, que poderia ser impugnado pelo Promotor de Justiça; assim como nos casos de extinção de usufruto e fideicomisso (artigo 552); de emancipação (artigo 621); de outorga judicial de consentimento (artigos 625 e 628); de sub-rogação de bens inalienáveis (artigo 631), de menores e incapazes (artigo 636) e dotais (artigo 639). Na área de sucessões, o artigo 468 conferia legitimidade ao *parquet* para abertura de inventário e de arrecadação dos bens de defuntos, que tratavam da herança jacente (artigo 553) e de ausentes (art. 580) e ainda atuava em inventários e testamentos, como *custos legis*. Na área de família, o *parquet* atuava nos desquites (artigo 643) e na habilitação para casamento (artigo 742 a 755); nas causas de dissolução e liquidação de sociedade civil (artigo 670) e na posse do nascituro (artigo 739). No caso de Fundações, a atuação ministerial era fiscalizadora e interveniente, conforme previam os artigos 652 a 654 do novel. Processualmente o Ministério Público podia suscitar conflito de jurisdição (artigo 803, II), recorrer (artigo 814).

A Lei Adjetiva de 1973, atualmente em vigor, dedica um Título específico ao Ministério Público conferindo-lhe capacidade postulatória (artigo 81), discriminando a sua atuação como fiscal da lei e estabelecendo as garantias das ações ministeriais (artigos 82 a 85).

Em 1981 e 1985 surgiram as Leis nº 6.938/81 e 7.347/85 que conferiram ao Ministério Público as atribuições de defesa do Meio Ambiente, da presidência do Inquérito Civil e da promoção da Ação Civil Pública para a defesa de interesses difusos e coletivos.

Dessa forma, embora aparentemente amortecido pela omissão constitucional dos períodos ditatoriais, o Ministério Público se manteve vivo e consolidou o exercício de suas funções voltadas para os interesses da parcela mais vulnerável da sociedade, como incapazes e mulheres, em épocas em que estas estavam condicionadas ao poder marital. Consolidou-se como órgão de defesa da ordem jurídica, incluindo nesta o sentido de “promoção da justiça”, e mais recentemente, foi legitimado para a defesa dos direitos difusos e coletivos, individuais e sociais indisponíveis e aqueles denominados interesses metaindividuais

III. A formação do perfil ministerial adotado na Constituição Federal de 1988

Ao despontarem os raios democráticos iniciou-se a luta pelo fortalecimento do Ministério

Público, com a efetiva e decisiva intervenção da Associação Nacional do Ministério Público (CONAMP) junto à Comissão de Notáveis, responsável pela elaboração do texto denominado Anteprojeto Afonso Arinos, em homenagem ao Presidente da Comissão dos Estudos Constitucionais.

O Primeiro Encontro Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça e Presidentes de Associações do Ministério Público (Curitiba, 1986) resultou na Carta de Curitiba, aprovada em 21/06/1986. A Carta condensou em um único texto os princípios da Constituição de 1969; a Lei nº40/81 – Lei Orgânica do Ministério Público; as teses aprovadas no IV Congresso Nacional do Ministério Público, ocorrido em 1985, na Cidade de São Paulo; o resultado da pesquisa realizada pela CONAMP com os Membros do Ministério Público Nacional, que recebeu cerca de mil contribuições; o anteprojeto apresentado por Sepúlveda Pertence, então Procurador Geral da República à Comissão de Notáveis, em 1986 e, finalmente, a consolidação elaborada pela Comissão instituída pela CONAMP, preparatória para a reunião final de Curitiba, em junho de 1986, na Cidade de São Paulo.

foi um percurso exaustivo de luta pela consagração do Ministério Público brasileiro, que, enfim, firmou o seu caráter democrático e sua posição de defensor das liberdades públicas e dos direitos indisponíveis, garantidor da ordem pública e do regime democrático, além fiscalizador da lei, abrindo espaço para a sua inserção na ordem jurídica pátria como órgão de atuação obrigatória em vários diplomas legais dirigidos à proteção de grupos marginalizados e hipossuficientes e de interesses sociais de grande expressividade dentro do Estado Brasileiro.

Nesse ambiente participativo e de efervescência política e social que cercou a promulgação da Constituição de 1988, instituiu-se o Novo Ministério Público que interiorizou e ao mesmo tempo expressou os anseios sociais por uma Nação justa, livre e solidária, que tem como objetivo maior a proteção do indivíduo, de sua dignidade e de sua cidadania, ao lado dos interesses sociais indisponíveis.

IV. As funções institucionais do Ministério Público após a Constituição Federal de 1988

A história do Ministério Público aponta para sua essência democrática. Em períodos de exceção, mesmo aqueles erigidos sob o falso manto democrático, a Instituição foi fragilizada, submetendo-se ao controle ora da Administração Pública ora do Judiciário, com as garantias de seus membros suprimidas, pois não se adequava ao totalitarismo dominante, servindo como *longa manus* das ditaduras, reconhecidamente contrárias aos direitos humanos e aos fundamentos democráticos.

Portanto, o Ministério Público é Instituição típica de regimes democráticos de direito, tendo funções de fortalecimento da cidadania, dos direitos humanos, do regime democrático e da ordem jurídica, como delineado pela Constituição de 1988.

É, dessa forma, instituição que caminha ao lado da sociedade, tendo como missão institucional a defesa desta, de seus interesses e valores essenciais, atuando como verdadeiro *ombudsman* ao exercer o controle do Executivo e do Legislativo perante o Judiciário nas ações civis públicas em defesa da Constituição, do patrimônio público, dos serviços de relevância pública e dos direitos sociais e individuais indisponíveis, como insculpido no artigo 127 da CF.

Não é de se estranhar, portanto, que o Ministério Público esteja constantemente em estado

de tensão com os Poderes do Estado, pois a sua função precípua é lutar pela sociedade e pela efetivação da democracia. Este foi exatamente o espírito do constituinte ao inserir no Texto Constitucional um capítulo específico para o *parquet*, assegurando garantias à instituição e aos seus membros, como forma de defesa da sociedade, garantindo a atuação firme e independente dos seus agentes.

Assim, o Ministério Público, de mero interventor no processo civil – com poucas exceções em que tinha função ativa em favor de determinados grupos ou matérias –, foi erigido à categoria de órgão agente, promotor de transformação social e política do Estado, tendo como parceiro o Judiciário que, ante sua natural inércia, encontra no Ministério Público a força propulsora necessária para o cumprimento do desígnio constitucional de controle da legalidade dos atos administrativos e de guardião das leis e da Constituição. Como tal, afirmam Ferraz e Júnior,

*“embora na defesa da sociedade a Instituição atue em áreas de interesse da população em geral, parece claro que sua ação deva atingir, sobretudo, os interesses das parcelas excluídas do acesso à Justiça, em causa que propiciem melhoria na qualidade de vida desse contingente mais desassistido”*⁶

É nesse sentido que o Ministério Público, no atual estágio da democracia brasileira, encontra um amplo espaço de atuação dada a sua função institucional constitucionalmente consagrada.

Como referido no intróito da presente tese, o mês de junho de 2013 marcou a história brasileira pelos protestos populares ocorridos em todo o Brasil, a partir das manifestações contra o aumento das passagens dos ônibus na Capital paulistana Afloraram insatisfações contra as políticas públicas, especialmente nas áreas da saúde e do transporte, mostrando as maiores demandas populares.

Embora a população brasileira tenha conseguido aumentar a renda e elevar seus níveis sociais, conforme pesquisas sobre o Índice de Desenvolvimento Humano (IDHM), ainda não recebe do Estado a devida atenção dos direitos básicos. Saúde, educação, moradia digna, segurança, acesso aos bens e serviços essenciais, como saneamento básico e transporte público, dentre outros direitos inerentes ao indivíduo, tornaram-se questões que exigem respostas imediatas. As ações políticas transformaram-se no foco das atenções e exigências da população, e dentro desse contexto o Ministério Público é peça fundamental de efetivação da cidadania e de luta por uma sociedade mais igualitária e justa.

O povo foi às ruas, também, contra tentativas de intimidação dirigidas ao Ministério Público, como a denominada PEC 37 que retirava do *parquet* a atribuição investigatória, mudando o quadro político negro que se avizinhava como uma verdadeira profecia de maldição ditatorial para as gerações vindouras. Atônita com a reação popular, a Câmara dos Deputados rejeitou a referida PEC 37 por 430 votos, revertendo a aprovação quase certa, como afirmou o deputado Alexandre Molon (PT/RJ):

“Não há dúvida nenhuma de que esta é uma das respostas às manifestações da população nas ruas. Eu tenho certeza de que se ela fosse votada há 15 dias a maioria da casa lamentavelmente teria aprovado a PEC” (Bom Dia Brasil, 26/06/2013).

As manifestações de apoio do povo brasileiro ao Ministério Público indica o reconhecimento da sua importância para a consagração da democracia e efetivação dos direitos constitucionais, dando ao *parquet* um novo impulso e direcionamento, reavivando o entusiasmo

que moveu seus membros por ocasião da promulgação da Constituição Cidadã. As vozes das ruas indicam os rumos a serem seguidos pelo Ministério Público do Século XXI.

Não se pode olvidar da relevância da atuação ministerial na qualidade de *custos legis*, cuja atuação faz parte da própria história do Ministério Público no processo civil. No entanto, essa atuação deve estar em perfeita sintonia com as funções atribuídas ao *parquet* pela Constituição Federal sob pena de haver a perda da identidade ministerial.

No IX Congresso Estadual do Ministério Público, ocorrido em agosto de 2011 na Cidade de Petrolina/PE, apresentei a tese “A atuação do Ministério Público no Mandado de Segurança”, quando defendi o entendimento delineado na Recomendação nº 16/2010 do Conselho Nacional do Ministério Público sobre a necessidade de a atuação ministerial se voltar para as questões socialmente relevantes, abstendo-se de atuar em casos em que não estejam presentes os interesses sociais que demandam sua intervenção, otimizando suas ações e priorizando as que motivaram o legislador constituinte a imprimir ao *parquet* a marca de órgão constitucional, assemelhando-o aos Órgãos de Poder.

Assim, entendendo que o Ministério Público brasileiro alcançou o status de órgão defensor das liberdades públicas e dos princípios e direitos insculpidos na Constituição Federal, desenvolvo no próximo tópico linha de raciocínio objetivando contribuir para a formação do Ministério Público da pós-modernidade, do Século XXI, em que o indivíduo assume o centro das ações sócio-políticas, num espaço de convivência aberto e multiforme, respeitando-se a sua individualidade e adaptando essa individualidade ao espaço coletivo, em total respeito à democracia.

V. Os novos paradigmas da atuação do Ministério Público

Muito tem sido feito desde 1988. O *parquet* cresceu na medida em que a democracia evoluiu. Passou a intervir mais efetivamente nas questões sócio-políticas, engendrando ações que visam à garantia dos direitos sociais e da ordem jurídica, como se constata nas investigações que culminaram nas condenações no Processo do Mensalão, que se tornou referência da atuação ministerial na área do patrimônio público.

Ações consumeristas intentadas pelo Ministério Público pernambucano nos casos envolvendo a queda de vários prédios tipo caixão também serviram como parâmetro para novos casos e devolveram a vários consumidores o direito à moradia. Outras ações movidas pelo *parquet* na defesa de idosos, de deficientes, de minorias como os quilombolas e indígenas também serviram como meio de fortalecimento do Estado Social, Democrático e de Direito brasileiro. Na área da saúde a intensa investida do *parquet* na fiscalização dos serviços de saúde também tem resultado na melhoria da prestação de serviços pelo Estado à população, em especial quando se trata de garantir ao cidadão o efetivo direito à saúde preconizado como garantia constitucional. Na Cidade de Camaragibe o maior hospital psiquiátrico teve suas portas fechadas e vários doentes mentais foram reinseridos na família após as ações do Ministério Público.

Assim, muito se tem avançado, principalmente quanto à conscientização institucional da necessidade de atuação firme e ativa nas questões sociais. Porém, tendo em vista a realidade vivida na 4ª Promotoria de Justiça de Cidadania do Paulista, região metropolitana do Recife, acredito que o Ministério Público tem muito a avançar em relação à promoção dos interesses e direitos socialmente relevantes, principalmente no que diz respeito à saúde; à habitação e

urbanismo, ante os graves problemas de crescimento desordenado, falta de investimentos na infraestrutura e mobilidade das grandes cidades brasileiras; ao meio ambiente, com destaque para o saneamento básico e preservação dos recursos naturais e hídricos, constantemente agredidos em nome do crescimento econômico; à proteção dos direitos das minorias e dos excluídos socialmente, para citar alguns.

Ferraz e Júnior, na coletânea de artigos de membros do Ministério Público Paulista (1997) preconizavam a necessidade de o *parquet* voltar-se para a implementação de ações destinadas à efetivação da cidadania e da dignidade da pessoa humana ao afirmarem, que:

“essa nova ideologia – de Ministério Público deverá, entre outros aspectos fundamentais, e a partir de uma exegese lógico-sistemática da Constituição Federal, considerar e explicar: (a) a ratio essendi do Ministério Público, isto é, seu novo e verdadeiro papel, sua missão institucional; (b) a dimensão política e social de sua atuação; (c) a adaptação de suas funções cíveis tradicionais ao novo perfil constitucional; (d) a reestruturação de sua atuação na esfera penal, ensejando medidas que lhe possibilitem interferir diretamente na realidade criminal; (e) a construção de uma nova estrutura administrativa interna e a adoção de uma nova postura de atuação funcional” ⁷.

Adotando como premissas para o desenvolvimento da presente tese as sugestões dos representantes ministeriais, temos a *ratio essendi* do Ministério Público extraída de sua própria história como instituição de natureza eminentemente democrática. O *parquet* é produto da democracia. A sua institucionalização após a Revolução Francesa e a sua consolidação no Brasil apenas durante os regimes democráticos são a prova de que o Ministério Público é o órgão mais próximo da sociedade na defesa dos direitos do cidadão e do fortalecimento da ordem jurídica, essencial ao Estado Democrático de Direito. Assim, sociedade e Ministério Público são parceiros na formação e consolidação das liberdades públicas e do Estado Social, que tem como marca a redução das desigualdades sociais, regionais e econômicas, em respeito à dignidade humana.

Como Promotora de Justiça de Cidadania atuando nas áreas de saúde, meio ambiente e consumidor, volto a atenção especificamente para a dimensão política e social da atuação ministerial, entendendo que o Ministério Público do Século XXI deve repensar a sua atuação cível adaptando-a ao perfil constitucional que lhe foi proposto pelo constituinte de 1988, hoje reclamado por toda a sociedade.

Não se pode olvidar da importância da atuação ministerial na qualidade de *custos legis*. Porém, como reconhecido pelo Conselho Nacional do Ministério Público, faz-se necessário:

“... como decorrência, a imperiosidade de (re)orientar a atuação ministerial em respeito à evolução institucional do Ministério Público e ao perfil traçado pela Constituição da República (artigos 127 e 129), que nitidamente priorizam a defesa de tais interesses na qualidade de órgão agente. CONSIDERANDO a justa expectativa da sociedade de uma eficiente, espontânea e integral defesa dos mesmos interesses, notadamente os relacionados com a hipossuficiência, a probidade administrativa, a proteção do patrimônio público e social, a qualidade dos serviços públicos e de relevância pública, a infância e juventude, as pessoas portadoras de deficiência, os idosos, os consumidores e o meio ambiente.” (Recomendação nº16/2010).

A forma de se alcançar tais desideratos é a racionalização da atuação ministerial, através

de adoção de medidas visando à proteção dos interesses mais relevantes da sociedade. Nessa perspectiva se concentram os maiores desafios do *parquet* nacional. Além da necessidade de mudança dos paradigmas que sempre nortearam as ações ministeriais, ainda com contornos nitidamente civilistas, é necessária a reestruturação administrativa interna direcionada à otimização do trabalho do Promotor de Justiça da Cidadania.

Síntese Conclusiva

O Congresso Nacional do Ministério Público de 2013 propõe a reflexão institucional sobre o papel do novo *parquet*, vinte e cinco anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Como forma de contribuir para o aprimoramento ministerial, nesse importante momento sócio-político brasileiro, respeitando-se a independência funcional de cada membro, **proponho:**

- a) *A constituição, e nas regiões em que existem o aperfeiçoamento, dos quadros técnicos indispensáveis para o apoio às ações ministeriais, em especial no campo probatório e de assessoria aos Promotores de Justiça da Cidadania, como forma de reafirmação do papel de órgão promovente do Ministério Público no campo cível, criando-se condições para a atuação ministerial na área de Cidadania;*
- b) *A integração das ações ministeriais na área de Saúde através da atuação em bloco do Ministério Público, definindo-se datas específicas para que Promotores de Justiça efetuem visitas às Unidades de Saúde que apresentem maiores problemas e sejam mais expressivas para a população, identificando as necessidades para que sejam adotadas medidas que impulsionem o Estado a criar condições de trabalho para médicos e enfermeiros, não apenas contratando profissionais da saúde. A expedição de Recomendações aos gestores públicos, também em bloco, gerando maior eficácia do atuar ministerial e fortalecendo a própria Instituição.*
- c) *A mesma integração de ações ministeriais em questões de mobilidade urbana, com destaque às condições de trafegabilidade devido à má conservação de ruas e estradas. O mesmo em relação ao meio ambiente, dando ênfase ao saneamento básico e à proteção dos recursos hídricos que sofrem com o despejo de esgotos em seu leito, sem prejuízo de outras medidas que objetivem a proteção do meio ambiente*.*
- d) *A atuação conjunta com a Promotoria de Justiça do patrimônio público, responsável pela fiscalização da correta aplicação dos recursos públicos, por ser imprescindível para a consolidação das atuações, como forma de efetivação dos princípios da unidade e indivisibilidade que norteiam o Ministério Público.*
- e) *Por fim, que cada agente ministerial atue priorizando as metas estabelecidas pelo Plano Estratégico, participando efetivamente de sua elaboração e implementação, dentro dos parâmetros recomendados pelo Conselho Nacional no artigo 7º da Recomendação nº16/2010 e o acompanhamento pelas Corregedorias Gerais de cada ação, com o fito de se catalogar e divulgar, anualmente, a efetivação dos objetivos traçados no referido Plano Estratégico, formando um banco de dados hábil para as próximas formulações estratégicas, extraindo-se dos resultados informações necessárias ao aperfeiçoamento ministerial.*

Essas são as sugestões apresentadas aos colegas congressistas para debates, acrescentando que toda a qualquer sugestão é recebida acolhedoramente, dêz que tenha

como objetivo o aprimoramento ministerial e a contribuição para o fortalecimento da democracia e da cidadania do – e no –, Estado Brasileiro.

* São aceitas sugestões sobre outras atuações, tendo em vista a realidade de cada região do País.

Referências bibliográficas

GARCIA, Monique Julien. *As origens do Ministério Público e sua atuação no Direito Comparado*. Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público. Disponível em http://www.wsmp.sp.gov.br/revista_wamp/index.php/RESMPSP/issue/view/3/showToc. Acesso em 09 set 2013.

INÁCIO FILHO, Geraldo. *Monografia sem complicações. Métodos e normas*. Campinas, SP: Papyrus, 2007.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A Intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1998.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 2007, 6ª ed., revista e atualizada.

_____. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, 5ª ed., revista e atualizada.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1994, 19ª edição, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Aleixo e José Burle Filho.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013, 26ª edição.

¹ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A Intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo. Saraiva, 1998, p. 10.

² BONUMÁ, João. *Direito processual civil*. Saraiva. São Paulo, 1946, p. 145, *apud* MACHADO, Antônio Carlos da Costa, *in op. cit.*, p. 13.

³ Machado, citando Tornaghi, na obra citada, afirma: *O Ministério Público constituiu-se em verdadeira magistratura diversa dos julgadores. Até os sinais exteriores dessa proeminência foram resguardados; membros do Ministério Público não se dirigiam aos juízes do chão, mas de cima do mesmo estrado (“parquet”) em que eram colocadas as cadeiras desses últimos e não se descobriam para lhes endereçar a palavra, embora tivessem de falar de pé (sendo por isso chamados “Magistrature debout”, Magistratura de pé.”* *In op. cit.*, p. 14.

⁴ *In op. cit.*, p. 15.

⁵ ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1979, vol. I, p. 300, *apud* MACHADO, Antônio Cláudio da Costa, *in op. cit.*, p. 14.

⁶ FERRAZ, Antônio Augusto de Mello Camargo e JÚNIOR, João Lopes Guimarães. *Ministério Público, Instituição e Processo*. São Paulo. Atlas. 1997, p. 23.

⁷ *In op. Cit.*, p. 20.

* Promotora de Justiça do Meio Ambiente, Saúde e Consumidor da Cidade do Paulista/PE

1. Estado Democrático de Direito e Participação Popular: uma (Pré)Análise Necessária

É o Estado Democrático de Direito, em virtude do qualificativo democrático, que está a reclamar uma participação popular efetiva e direta no planejamento, gestão e controle da Administração Pública. Trata-se de um conceito preeminentemente político, calcado, mormente, no princípio da soberania popular, que exige a participação efetiva do povo na administração do bem público, o qual detém mecanismos eficazes de controle de decisões.

Com a Constituição-Cidadã de 1988, o tema participação social na coisa pública, ao tempo que aponta os limites duma democracia meramente representativa, ganha novos contornos, em contraposição à forma centralizada e autoritária de administração, emergindo, nesse contexto, uma revalorização da participação popular (RAICHELIS, 1998, p. 75). Só liberdade e propriedade já não bastam. É preciso garantir (e ampliar) direitos sociais de cidadania.

Significa dizer que a visão reducionista de democracia (representativa), atrelada apenas à participação popular na elaboração de leis diz com uma postura liberal-individualista de Estado de Direito, absolutamente destoante (e descontextualizada) do que foi preconizado pelo constituinte de 1988 desde o preâmbulo da Constituição, ao prever que a República brasileira se constitui em Estado Democrático de Direito.

Pondere-se que tais noções de democracia não são excludentes. Pelo contrário, a Constituição Federal alargou o projeto de democracia, compatibilizando princípios da democracia representativa com os da democracia participativa, e reconhecendo a participação social como um dos elementos-chave na organização das políticas públicas (SILVA; JACCOUD; BEGUIN, 2009, p. 374).

Afinal, se a democracia é um bem da soberania popular, a participação dos cidadãos é, precisamente, a sua marca eminente, exprimindo uma concepção de transformação que vem dos cidadãos (ZVIRBLIS, 2006, p. 62).

Assim, neste modelo, Estado e sociedade interpenetram-se e surge uma *esfera de relações semipúblicas* (HABERMAS apud RAICHELIS, 1998, p. 53), em que atuam as organizações sociais privadas (econômicas e de massa). O intercâmbio permanente entre Estado-sociedade civil politizada é necessário para que a democracia não fique flutuante, em um plano abstrato demais e, com isso, sem a afirmação de novas hegemonias.

Todavia, considerando-se que a noção de esfera pública habermasiana não contempla a participação da sociedade civil em níveis decisórios sistêmicos, de modo que podem ou não influenciar nos domínios institucionais, defende-se, neste estudo, um maior empoderamento da sociedade nos espaços públicos, atribuindo-se-lhe poder de deliberação, além da inclusão de públicos tradicionalmente excluídos do processo político formal (SILVA, 2009, p. 23).

Para tanto, a par do ativismo civil, necessária a criação de espaços políticos em que os

grupos sociais atuem como sujeitos de pensamento, vontade de ação e capacitados para se universalizarem, gerando, assim, um sentido de pertencimento coletivo, de tornar visíveis as injustiças sociais e os problemas de co-gestão das políticas públicas.

São as denominadas *instâncias participativas*, consistentes em espaços cujo propósito é permitir que os sujeitos atuem conjuntamente e, conseqüentemente, potencializem seus esforços participativos e a consecução de seus objetivos (ESCOREL; MOREIRA, 2008, p. 983-4). E criando-se, com, isso, uma cultura participativa, difundindo-se e incutindo-se valores democráticos, gradativamente, em toda a sociedade.

Nesse passo, fazer política passou a ser papel não apenas do Estado e partidos políticos, mas de toda a sociedade. O fortalecimento da sociedade civil foi considerado fundamental para a construção da democracia (DAGNINO, 2000, p. 69). Forjou-se, com isso, um novo padrão de cidadania, com reivindicações de participar efetivamente da definição do sistema, exigindo o cumprimento das promessas constitucionais de cidadania e vida digna, muitas das quais ainda não cumpridas.

Dentre as formas de participação, destacam-se, no âmbito individual, opinião pública, voto, protesto, e, no espectro coletivo, os movimentos sociais, partidos, sindicatos conselhos gestores de políticas públicas, conferências e audiências públicas, reuniões, iniciativa popular de projeto de lei, referendo e plebiscito.

Modernamente, assim, a esfera pública não compreende (ou não deveria compreender) apenas o Estado e seus Órgãos, mas também, em contínua relação, as organizações sociais².

Nada obstante, no dia a dia do processo de transformação social e democrática proclamado pela Constituição da República vigente, a democracia representativa (ou seus representantes), em sua arena política formal, ainda configura o maior obstáculo, já que não consegue (ou não deseja) se adaptar e conviver com a democracia participativa. Talvez por implicar verdadeira necessidade de partilha de poder.

É nesse cenário que emerge o projeto democrático, destinado a tornar viável o governo do povo (soberania popular), com participação popular ampliada nos processos de tomada de decisão. Tal projeto pressupõe cidadãos ativos da democracia, devendo, por isso, ser constantemente (re)criados e (re)organizados. (NOGUEIRA, 2004, p. 87; 91).

2. Políticas Públicas e Democracia Participativa

Antes de adentrar-se na abordagem das políticas públicas propriamente ditas, cumpre, brevemente, incursionar em sua epistemologia. Para tanto, necessário ver, inicialmente, que o termo política significa forma de regulação social (que se contrapõe à coerção) típica de democracias ou Estados ampliados, servindo de instrumento de consenso entre partes conflitantes (PEREIRA, 2008, p. 89).

Portanto, a conflituosidade é elemento que compõe a arena política, destinada a, com a ampliação da cidadania e conseqüente valorização da dimensão social (PEREIRA, 2008, p. 91), via mediação estatal, (re)estabelecer consensos e garantir a convivência humana em sociedade.

Entende-se política pública como uma forma política contemporânea de exercício do poder nas sociedades democráticas, resultante de complexa interação entre Estado e sociedade – e não apenas intervenção do estado em situação considerada problemática (DI GIOVANNI,

2009). Até porque a expressão políticas públicas revela avassaladora presença na vida cotidiana dos países democráticos, como o Brasil.

Significa dizer que, numa hermenêutica consentânea com a Constituição Federal vigente, o paradigma da legitimidade das decisões políticas – inclusive e especialmente definições de políticas públicas – restou alterado, para se fazer garantida a efetiva e direta participação social nesta direção.

É o que se infere de diversos dispositivos da denominada Constituição-Cidadã, que estabeleceu sistemas de gestão democrática em vários campos de atuação da Administração Pública, como o planejamento participativo, mediante a cooperação das associações representativas no planejamento municipal, no art. 29, XII; gestão democrática do ensino público, no art. 206, VI, gestão administrativa da seguridade social com a participação quadripartite de governos, trabalhadores, empresários e aposentados (SILVA, 2009, p. 14), no art. 194, VII; proteção dos direitos da infância e juventude e serviço de assistência social, tendo como diretrizes a descentralização político-administrativa e a participação popular (arts. 204, I e II, e 227, § 7º).

Daí dizer com Escorel e Moreira (2008, p. 987) que

A participação social é a base constitutiva da democracia e, por conseguinte, o aperfeiçoamento e a ampliação de uma estão diretamente relacionados ao desenvolvimento e à universalização da outra.

Nessa “socialização do poder” com uma sociedade civil tipicamente plural e heterogênea, faz-se mister um dar-se-conta de que esse processo democratizante envolve conflitos e disputas e, por isso mesmo, desigualdades que marcam a composição social, em que setores antes marginalizados podem, doravante, galgar espaços e ocupar posições no cenário político para fazer valer, igualmente, suas demandas (Grupo de Estudos sobre a Construção Democrática, 1998/1999, p. 79)

Assim sendo, a *participação social* é, via decorrencial, elemento-chave na organização de políticas públicas. Disso, não se pode descurar, ainda, para a adequada e contextualizada noção do termo *público*, que, pelo informe democrático, transcende a mera noção de *estatal*. Afinal, “a política pública não é só do Estado, visto que, para a sua existência, a sociedade também exerce papel ativo e decisivo; e o termo público é muito mais abrangente do que o termo estatal” (PEREIRA, 2008, p. 94).

E complementa Pereira (2008, p. 94), com percuciência, quanto à palavra *pública*, que sucede à palavra *política*:

Sua maior identificação é com o que em latim se denomina de *res publica*, isto é, *res* (coisa), *publica* (de todos), e, por isso, constitui algo que compromete tanto o Estado quanto a sociedade. É, em outras palavras, ação pública, na qual, além do Estado, a sociedade se faz presente, ganhando representatividade, por decisão e condições de exercer sobre a sua própria reprodução e sobre os atos e decisões do governo.

Clareie-se com um exemplo recente, proveniente da atuação do Ministério Público do Rio Grande do Sul, que, em investigações referentes às contas do *Natal Luz*, tradicional festa de fim de ano realizada em Gramado, na serra gaúcha, apurou o pagamento e aplicação de verbas públicas de forma irregular por gestores municipais entre os anos 2007 e 2010 (MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO SUL, 2011). Neste caso, entendeu aquele

Órgão Ministerial que, em se tratando de festividade comunitária, em que a Prefeitura nomeia, entre notáveis da comunidade, a comissão organizadora – embora não promova ou organize diretamente a referida festa –, o evento tem natureza pública, devendo pautar-se por normas que regem a Administração Pública, de sorte que os integrantes de tal comissão estariam inclusive impedidos de ter empresas ou parentes contratados para atuar nos festejos (ZERO HORA, 2011, p. 18-9).

Diante do até aqui exposto quanto ao modelo de Estado de Direito inaugurado pelo Constituinte de 1988, focado na (necessária e legitimadora) participação-popular-cidadã quanto às decisões político-governamentais adotadas, fácil concluir o acerto do norte emprestado pelo Ministério Público gaúcho no exemplo supra, já que adotado posicionamento ampliativo do conceito de *público*.

Assim, se a política é pública, significa que é de *todos*, não no sentido de vinculação com o Estado ou com a dimensão da demanda social que lhe requer atenção, mas por significar um conjunto de decisões e ações que resulta do imbricamento Estado-sociedade, tendo por função essencial a concretização de direitos (sociais) de cidadania conquistados pela sociedade e garantidos por normas jurídicas (PEREIRA, 2008, p. 95; 101-2).

Ainda num enfoque conceitual, lecionam, com idêntico norte, Costa e Battini (2007, p. 24) que “As políticas públicas são áreas de pactuação entre o Estado e a sociedade, constituindo-se em medidas acima do programa dos governos”.

Para a implementação das políticas públicas, além do crescimento econômico do Estado, é imprescindível que as forças políticas (vontade política da sociedade) estejam voltadas para o desenvolvimento social, revelando-se, nessa direção, importantes os mecanismos internos (como os conselhos gestores de políticas públicas) e externos (como o Ministério Público) de controle – inclusive quanto ao destino de verbas orçamentárias (BATTINI; COSTA, 2007 p. 25; 29).

Dentre as destacadas formas como se projetam, de modo participativo, as políticas públicas, para além de reuniões e audiências públicas, cita-se os conselhos de políticas públicas, como é o caso dos Conselhos da Saúde, de caráter deliberativo, que bem refletem uma das diretrizes do sistema único de saúde previstas na Constituição Federal, qual seja, a participação da comunidade (art. 198, III).

Os conselhos gestores são típicas formas de participação popular direta na deliberação e/ou consultas acerca de políticas públicas a serem implementadas. São eles integrados por representantes do Estado e da Sociedade, na esfera pública, sendo responsáveis pela apresentação, processamento de demandas, expressão e articulação de interesses, negociação, acompanhamento e controle da política e, em muitos casos, de decisão (SILVA; JACCOUD; BEGUIN, 2009, p. 376).

Reconhece-se, a partir de seus aperfeiçoamentos, que problemas pertinentes, e.g., à saúde, educação e infância e juventude não são apenas técnicos, mas políticos e, portanto, resultado de conflitos e acordos entre diversas forças políticas (SILVA; JACCOUD; BEGUIN, 2009, p. 385), a serem absorvidos, arbitrados e efetivados pelo poder público constituído.

3 O Papel do Ministério Público na PROMOÇÃO de Políticas Públicas

Desse contexto, resta evidente o compromisso constitucional do Ministério Público, pois

nada mais condizente com o papel de defesa do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, entregue ao *parquet* no artigo 127, caput, da CF, do que a efetiva atenção e contribuição ministeriais para o pleno exercício e funcionamento dos mecanismos legítimos de promoção de políticas públicas, radicados nos instrumentos de participação popular, como os Conselhos Gestores. Assim agindo, para além de instrumento garantidor da livre mobilização de (diferentes) vontades coletivas, o Órgão Ministerial atuará como co-autor de transformação social.

Com tal mister, ressoa mais consentânea com a heterogeneidade dos interesses da sociedade em jogo, na incessante busca da democratização das relações sociais e afirmação da cidadania, a atuação dita *resolutiva* do Ministério Público, isto é, aquela que visa intermediação dos conflitos desvelados por meio da composição extrajudicial.

E internamente, a Instituição bem se atentou para a necessidade de romper com a resistência conservadora que (ainda) pretende ver um Ministério Público consubstanciado em mero apêndice do Poder Judiciário, em sua atuação como *custus legis*, desfocado para a sua maior base legitimadora, qual seja, a sociedade e seus diferentes e antagônicos desafios e anseios. Não por outras razões – e ciente das suas limitações orçamentárias e estruturais –, de modo a otimizar a atuação ministerial, dirigindo-lhe os esforços para a sua missão preponderantemente constitucional, é que o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Recomendação n. 016/2010, assim como o Ministério Público do Paraná, por meio da Recomendação n. 01/2010, nas quais apontadas série de demandas judiciais em que, pelos interesses envolvidos, revela-se dispensável a atuação ministerial como órgão (meramente) interventor, isto é, fiscal da lei.

Por isso, em tempos de resistência à posição institucional mais conservadora - que ainda se conforma com um Ministério Público meramente parecerista - o momento pelo qual passa a Instituição parece ser o do amadurecimento (FINGER, 2010, p. 93). Amadurecimento que passa pela percepção de que é o Ministério Público instrumento institucional indispensável, na ordem constitucional vigente, para a mobilização das vontades coletivas, a serem manifestadas, por exemplo, por meio de campanhas, fóruns, conferências, conselhos, seminários, reuniões e audiências públicas. Tem o papel primordial, portanto, de promover a socialização democrática do poder, primando, como preconizado (conforme, aliás, visto alhures) pelos ideais de fortalecimento da sociedade civil enquanto arena política.

Nesse cenário, o Ministério Público deve, em síntese, atuar para a formação do exercício pleno da cidadania e de uma cultura política compatível.

Para tanto, sendo o conceito de políticas públicas evolutivo, refletindo processo de constante transformação e mudanças no tempo e no espaço (PEREIRA, 2008, p. 99), o Ministério Público deve fazer uma constante releitura das demandas sociais, trabalhando para garantir espaços de efetiva participação da sociedade. Em outros termos, é papel do MP de inculcar/despertar, gradativamente, valores democráticos em toda a sociedade.

Nada obstante, como clareado alhures, passando a deliberação de políticas públicas e as “mudanças de rumo” quanto à formulação e efetivação destas pela vontade política da sociedade, importante a análise sobre as relações sociais, já que sem alteração da dinâmica da sociedade civil, o pacto político torna-se conservador (NOGUEIRA apud BATTINI; COSTA, 2007, p. 23).

Especialmente tendo-se como pano de fundo

um capitalismo cuja realidade permanente vem a ser a conjugação do desenvolvimento

capitalista com a vida suntuosa de ricas e poderosas minorias burguesas e com o florescimento econômico de algumas nações imperialistas também ricas e poderosas. Um capitalismo que associa luxo, poder e riqueza, de um lado, à extrema miséria, opróbrio e opressão, de outro. Enfim, um capitalismo em que as relações de classe retornam ao passado remoto, como se os mundos das classes socialmente antagônicas fossem os mundos das “nações” distintas, reciprocamente fechados e hostis, numa implacável guerra civil latente (FERNANDES, 2006, p. 353-4).

Este o modelo (engessado) vigente, ao qual se conjuga (e muito por conta disto) uma dinâmica social também ainda muito apegada ao modelo liberal individualista de Estado de Direito – e, por isso, pouco cidadã – que vem se traduzindo numa das dificuldades a serem superadas de transformação do panorama jurídico-social estabelecido. Diante desse quadro, como criar uma cultura social participativa numa sociedade histórica e eminentemente patrimonialista e consumerista?

Modo geral, a resposta a esta indagação passa pelo nível de desenvolvimento social, responsável por afetar diretamente a qualidade e a execução das políticas sociais públicas.

Se bem que, vale o parênteses, em meados deste ano (2013), ainda que por motivos variados e sem lideranças e propostas bem identificadas, o país foi tomado por manifestações em nível nacional, em que a sociedade, em suas mais diversas camadas, mobilizada especialmente pelas redes sociais, tomou as ruas para protestar sobre múltiplos temas, como por exemplo, aumento de tarifas do transporte público, corrupção política, gastos públicos em eventos esportivos internacionais e má qualidade dos serviços públicos³.

Sob tal perspectiva, ganha importância o aspecto orçamentário, no sentido da necessidade de adequação dos gastos públicos às contingências do desenvolvimento social, coibindo o uso indevido de recursos da comunidade (BATTINI; COSTA, 2007 p. 27). Aliás, a pretensão estatal no Estado Democrático deve sempre se dirigir para a busca da justiça social por meio da aplicação das verbas públicas em políticas que visem à redução das diferenças sociais através da distribuição equitativa de riquezas (TAVARES, 2011, p. 129). Estes, aliás, objetivos da República do Brasil, previstos no art. 3º, II e III, da Constituição Federal.

Ainda, na análise do significado, abrangência e operatividade das políticas públicas, devem ser considerados o modo de organização da sociedade contemporânea (“sociedade do capital financeiro global”), fundada na acumulação do capital, na exploração do trabalho e na propriedade privada dos meios de produção (BATTINI; COSTA, 2007, p. 42-3).

Visando à superação de tais obstáculos, à formatação de um modelo democrático de gestão da coisa pública, em que imperem políticas públicas legitimadas pela efetiva e plural participação da sociedade civil na vida política institucional, de relevo a criação e consolidação de instâncias (espaços) participativas, como fóruns, audiências públicas, reuniões, conferências e Conselhos Gestores de Políticas Públicas.

É o que se verificou, por exemplo, na orientação emanada do Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP – e Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Proteção à Saúde Pública do Ministério Público do Paraná, por meio, respectivamente, do Ofício n. 353/2011 e Ofício Circular n. 12/2011, no sentido de que os Promotores de Justiça tivessem atuação direta e efetiva nas Conferências Municipais de Saúde e na garantia de plena e regular funcionalidade dos Conselhos Municipais de Saúde. Tudo de modo, em ultima ratio, a assegurar a deliberação e promoção de políticas sociais legítimas.

Outro exemplo de significativa repercussão no âmbito de atuação ministerial afeta à efetivação de direitos sociais garantidos constitucionalmente, por meio de política pública de indisfarçável interesse público, refere-se à ação do o Ministério Público do Paraná, por meio do seu Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Proteção à Educação, ao lançar projeto destinado a que os Municípios criassem novas vagas para a Educação Infantil, atendendo, assim, inclusive, a meta estratégica da instituição. O projeto denomina-se “100% Pré-Escola e Creche para Todos”.

Pelo projeto, as Promotorias de Justiça de Proteção à Educação deverão atuar junto às Prefeituras, a fim de cobrar o desenvolvimento de um Plano de Ampliação das Redes Municipais de Ensino, de modo que, até o início ano letivo de 2016, o Paraná atenda todas as crianças em idade escolar, como estabelece a Constituição Federal. A Emenda Constitucional nº 59 tornou obrigatória a frequência escolar a partir dos 4 anos de idade no Brasil.

Ainda, no mesmo diapasão, registre-se a atuação do Centro de Apoio das Promotorias de Justiça de Habitação e Urbanismo do Ministério Público do Paraná, que, no início do ano 2013, além de divulgar amplo material a respeito no seu sítio oficial, expediu o ofício-circular n. 01/2013 às Unidades Ministeriais com atuação na aludida área, orientando e sugerindo o acompanhamento, pelos Promotores de Justiça, das etapas das Conferências Municipais das Cidades, inclusive para contato com o Executivo e o Legislativo dos municípios sobre o andamento e organização desta, para o estabelecimento de interlocução com a sociedade civil organizada quanto à temática, e para o acompanhamento das reuniões preparatórias e da própria conferência quanto à lisura e regularidade do processo. Afinal,

As políticas de desenvolvimento urbano, de usos e ocupações dos espaços das cidades, de asseguramento do acesso à moradia digna, de saneamento, de transporte e mobilidade urbana, que compõem o chamado direito difuso a cidades sustentáveis e socialmente justas, devem ser formuladas e executadas de forma planejada e participativa (MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ, 2013).

Os três exemplos supra bem ilustram uma atuação ministerial consentânea com seus misteres que lhe foram conferidos pela Constituição da República de 1988, notadamente aqueles afetos à defesa do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, tal qual os ideais defendidos no presente estudo.

4 Conclusão Objetiva

O presente estudo pretendeu ressaltar a importância de uma atuação resolutiva do Ministério Público, pautada numa interpretação constitucional do seu papel institucional, especialmente o que diz com a defesa do regime democrático e dos interesses sociais indisponíveis. Objetivou-se, ainda, focar o Órgão Ministerial como verdadeiro instrumento de garantia e consolidação das instâncias participativas, de modo a legitimar as políticas públicas a serem implementadas.

Tais políticas sociais públicas – vistas, em síntese, como conjunto de decisões e ações nas sociedades democráticas, resultante de complexa interação entre Estado e sociedade, tendo como papel fundamental a concretização dos direitos sociais -, devem se radicar em deliberações permeadas da efetiva participação da sociedade civil. Tudo após a identificação do modelo de sociedade atual e dos entraves ao exercício de parcela do poder político a ser

por ela exercido.

Daí a importância de um Ministério Público que fomente a constituição e consolidação de uma cultura social participativa, por meio, por exemplo, dos Conselhos Gestores de Políticas Públicas e de Conferências Públicas. E que, ao cabo, garanta efetividade aos direitos sociais fundamentais consagrados constitucionalmente, por meio da realização de políticas públicas legítimas - jurídica e socialmente.

5. Referências Bibliográficas

- BATTINI, O. (Org.); COSTA, L. C. da. Estado e Políticas Públicas: contexto sócio-histórico e assistência social. In: *SUAS: Sistema Único de Assistência Social em Debate*. São Paulo: Veras, CIPEC, 2007.
- DAGNINO, E. Cultura, Cidadania e Democracia: a transformação dos discursos e práticas na esquerda latino-americana. In: ALVAREZ, Sonia E.; DAGNINO, E.; ESCOBAR, A. *Cultura e política nos movimentos sociais latino-americanos*. Belo Horizonte: UFMG, 2000, p. 61-102.
- DI GIOVANI, G. As Estruturas Elementares das Políticas Públicas. *Caderno de Pesquisa n. 82*, Unicamp: Nepp, 2009.
- ESCOREL, S.; MOREIRA, M. R. Participação Social. In: GIOVANELLA, L. (Org.). *Políticas e sistemas de saúde no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2008, p. 979-1010.
- FERNANDES, F. *A Revolução Burguesa no Brasil: ensaio de interpretação sociológica*. 5 ed. São Paulo: Globo, 2006.
- Grupo de Estudos sobre construção democrática. Desafios e Possibilidades da Participação da Sociedade na Construção de uma Gestão Pública Democrática. In: IDÉIAS. Revista do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. UNICAMP. 1998/1999. Dossiê: os movimentos sociais e a construção democrática.
- FINGER, J. C. O Ministério Público Pós-88 e a Efetivação do Estado Democrático de Direito: Podemos Comemorar? In: RIBEIRO, C. V. A. (Org). *Ministério Público: reflexões sobre princípios e funções institucionais*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 83-93.
- JACCOUD, L. (Org.); SILVA, F.B.; BEGUIN, N. Políticas sociais no Brasil: participação social, conselhos e parcerias. In: *Questão social e políticas sociais no Brasil contemporâneo*. IPEA: Brasília, 2009.
- MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ. Disponível em:
<http://www.urbanismo.caop.mp.pr.gov.br/modules/noticias/article.php?storyid=24&tit=CAOP-HU-Oficio-Circular-012013>. Acesso em 04 ago.2013.
- MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO SUL. Disponível em:
<<http://www.mprs.mp.br/imprensa/noticias/id25745.html>>. Acesso em: 04 ago. 2013.
- NOGUEIRA, M. A. *Um Estado para a sociedade civil: temas éticos e políticos da gestão democrática*. São Paulo: Cortez, 2004.
- PEREIRA, P. A. Discussões conceituais sobre política social como política pública e direito de cidadania. In: BOSCHETTI, I. et al (Org.). *Política social no capitalismo: tendências contemporâneas*. São Paulo: Cortez, 2008.
- Protestos no Brasil em 2013. Verbete disponível em
https://pt.wikipedia.org/wiki/Protestos_no_Brasil_em_2013. Acesso em 08 ago. 2013.

RAICHELIS, R. Os caminhos da publicização. In: *Esfera Pública e Conselhos de Assistência Social: caminhos da construção democrática*. São Paulo: Cortez, 1998.

SILVA, E. R. A. da. *Participação Social e as Conferências Nacionais de Políticas Públicas: reflexões sobre os avanços e desafios no período de 2003-2006*. Texto para Discussão n. 1378. IPEA, Brasília, 2009.

TAVARES, M. A. R. *Ativismo Judicial e Políticas Públicas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2011.

ZERO HORA, Porto Alegre, pp. 18-9, 14 ago. 2011.

ZVIRBLIS, A. A. *Democracia Participativa e Opinião Pública*. São Paulo: RCS, 2006. 278 p.

¹ Promotor de Justiça no Estado do Paraná.

² É o fenômeno da publicização, baseado em alianças entre Estado e sociedade civil (com seus sujeitos sociais).

³ “Os **protestos no Brasil em 2013** são várias [manifestações populares](#) por todo o país que inicialmente surgiram para [contestar os aumentos nas tarifas de transporte público](#), principalmente em [Porto Alegre](#), [São Paulo](#) e [Rio de Janeiro](#) e que ganharam forte apoio popular depois da repressão violenta e desproporcional que foi promovida pelas [policiais militares estaduais](#) contra as passeatas, levando grande parte da população a apoiar as mobilizações.

Atos semelhantes rapidamente começaram a se proliferar em diversas cidades do Brasil e do exterior em apoio aos protestos, passando a abranger uma grande variedade de temas, como os gastos públicos em grandes eventos esportivos internacionais, a má qualidade dos [serviços públicos](#) e a indignação com a [corrupção política](#) em geral. Os protestos geraram grande repercussão nacional e internacional.

Em resposta às maiores manifestações populares realizadas no Brasil desde as mobilizações pelo [impeachment](#) do então presidente [Fernando Collor de Mello](#) em 1992, o [governo brasileiro](#) anunciou [várias medidas](#) para tentar atender às reivindicações dos manifestantes e o [Congresso Nacional](#) votou uma série de concessões, como ter tornado a corrupção como um [crime hediondo](#), arquivado a chamada [PEC 37](#) e proibido o voto secreto em votações para cassar o mandato de legisladores acusados de irregularidades. Houve também a revogação dos então recentes aumentos das tarifas nos transportes em várias cidades do país, com a volta aos preços anteriores ao movimento.” (“PROTESTOS NO BRASIL EM 2013”, em https://pt.wikipedia.org/wiki/Protestos_no_Brasil_em_2013).

O Controle Externo do Uso da Força por Agentes de Segurança Pública

Ythalo Frota Loureiro*

1. Introdução

O controle externo da atividade policial regulamentado Conselho Nacional do Ministério Público (Resolução n. 20/2007, de 28 de maio de 2007) é apenas parcial, pois não contempla, com clareza, a necessidade de coleta de dados quantitativos e qualitativos sobre a atividade de policiamento ostensivo e de policiamento preventivo. Da mesma forma o Manual de Controle Externo da Atividade Policial, desenvolvido pelo Grupo Nacional de Efetivação do Controle Externo da Atividade Policial, do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais de Justiça, no ano de 2009, concentra-se no combate reativo do abuso do uso da força por policiais, de modo que a atuação dos membros do MP somente se dá quando do cometimento dos crimes de abuso de autoridade, tortura e similares.

A ausência de atividades de controle externo da polícia fica ainda mais evidente quando não há a formulação de políticas institucionais, no âmbito do Ministério Público, voltadas à fiscalização do uso da força por agentes de segurança pública. Isto corresponde a falta de sistematização legislativa a respeito do assunto. É surpreendente descobrir que uma das únicas fórmulas legislativas provém do Executivo Federal, uma portaria interministerial, sem força de lei. Trata-se da Portaria Interministerial do Ministério da Justiça e da Secretaria de Direitos Humanos, nº 4.226/2010, que estipula, em linhas gerais que: “O uso da força por agentes de segurança pública deverá obedecer aos princípios da legalidade, necessidade, proporcionalidade, moderação e conveniência”.

O objetivo deste despretensioso trabalho é organizar e sistematizar a legislação a respeito do uso da força por agentes de segurança pública e discorrer sobre hipóteses de dificuldade de implementação de políticas voltadas ao controle externo do uso da força, no Brasil.

2. O incipiente conjunto legislativo sobre o uso da força por agentes de segurança pública.

Não há lei federal que discipline, de forma explícita e específica, o uso da força por agentes de segurança pública. Tais regras poderia ser estabelecidas na lei orgânica nacional que discipline a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública. Contudo, apesar de prevista no art. 144, §7º, da Constituição Federal, nenhuma lei orgânica nacional sobre polícia foi aprovada. Assim, no âmbito nacional, o uso da força por policiais está prevista, de forma específica, em documentos editados por órgãos do Poder Executivo, sem a força vinculativa de normas aprovadas pelo Poder Legislativo. Assim, não há uma política nacional eficaz sobre o controle do uso da força por agentes de segurança pública.

A Portaria Interministerial nº 4.226, de 31 de dezembro de 2010, assinado pelo Ministro da Justiça e pelo Ministro Chefe da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República,

reconhece a necessidade de sedimentar políticas públicas de segurança voltadas ao respeito aos direitos humanos. No documento são mencionados os seguintes marcos legislativos de cunho internacional:

1) Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua Resolução 34/169, de 17 de dezembro de 1979. No artigo 3º do documento, é estabelecido que “Os funcionários responsáveis pela aplicação da lei só podem empregar a força quando tal se afigure estritamente necessário e na medida exigida para o cumprimento do seu dever”. Assim, o uso da força deve ser sempre excepcional e, tendo em vista as circunstâncias, qualquer uso de força fora do contexto de razoabilidade e de proporcionalidade é ilegal e passível de responsabilidade jurídica. O emprego de armas de fogo é medida extrema e somente autorizada quando haja suspeita fundada de resistência armada, quando o violador possa oferecer risco a outrem ou quando não haja outra forma menos ofensiva para detenção. A efetiva utilização de arma de fogo sempre deve ser objeto de investigação pelos meios de controle interno e externo da atividade policial.

2) Princípios orientadores para a Aplicação Efetiva do Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei, adotados pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas na sua resolução 1989/61, de 24 de maio de 1989. O documento estabelece que “Os princípios consagrados no Código deverão ser incorporados na legislação e práticas nacionais”. Visando a implementação do Código, em âmbito nacional, é estabelecido que o “Código deve estar à disposição de todos os funcionários responsáveis pela aplicação da lei e das autoridades competentes na sua própria língua”. Ainda estabelece que “Os Governos devem difundir o Código e todas as leis internas que estabeleçam a sua aplicação de forma a assegurar que o público em geral tome conhecimento dos princípios e direitos aí contidos.” Talvez seja difícil encontrar algum policial ou cidadão que tenha conhecimento da existência do referido Código e das medidas do País para implementá-lo e difundi-lo.

3) Princípios Básicos sobre o Uso da Força e Armas de Fogo pelos Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei, adotados pelo Oitavo Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizado em Havana, Cuba, de 27 de Agosto a 7 de setembro de 1999. Através deste documento é estabelecido que:

“5. Sempre que o uso legítimo da força ou de armas de fogo seja indispensável, os funcionários responsáveis pela aplicação da lei devem:

a) Utilizá-las com moderação e a sua acção deve ser proporcional à gravidade da infração e ao objectivo legítimo a alcançar;

b) Esforçar-se por reduzirem ao mínimo os danos e lesões e respeitarem e preservarem a vida humana;

c) Assegurar a prestação de assistência e socorros médicos às pessoas feridas ou afectadas, tão rapidamente quanto possível;

d) Assegurar a comunicação da ocorrência à família ou pessoas próximas da pessoa ferida ou afectada, tão rapidamente quanto possível.

6. Sempre que da utilização da força ou de armas de fogo pelos funcionários responsáveis pela aplicação da lei resultem lesões ou a morte, os responsáveis farão um relatório da ocorrência aos seus superiores, de acordo com o princípio 22.

(...)

11. As normas e regulamentações relativas à utilização de armas de fogo pelos funcionários responsáveis pela aplicação da lei devem incluir directrizes que:

(...)

f) Prevejam um sistema de relatórios de ocorrência, sempre que os funcionários responsáveis pela aplicação da lei utilizem armas de fogo no exercício das suas funções.

(...)

22. Os Governos e os organismos de aplicação da lei devem estabelecer procedimentos adequados de comunicação hierárquica e de inquérito para os incidentes referidos nos princípios 6 e 11 f). Para os incidentes que sejam objecto de relatório por força dos presentes Princípios, os Governos e os organismos de aplicação da lei devem garantir a possibilidade de um efectivo procedimento de controlo e que autoridades independentes (administrativas ou do Ministério Público), possam exercer a sua jurisdição nas condições adequadas. Em caso de morte, lesão grave, ou outra consequência grave, deve ser enviado de imediato um relatório detalhado às autoridades competentes encarregadas do inquérito administrativo ou do controlo judiciário.”

Por meio deste documento, as Nações Unidas apelaram aos Estados membros que aplicassem, em nível nacional, regional e inter-regional, os Princípios Básicos sobre a Utilização da Força e de Armas de Fogo e apresentassem progressos na implementação destes princípios.

A Portaria Interministerial nº 4.226/2010 estabelece algumas diretrizes (Anexo I):

“2. O uso da força por agentes de segurança pública deverá obedecer aos princípios da legalidade, necessidade, proporcionalidade, moderação e conveniência.

3. Os agentes de segurança pública não deverão disparar armas de fogo contra pessoas, exceto em casos de legítima defesa própria ou de terceiro contra perigo iminente de morte ou lesão grave.”

4. Não é legítimo o uso de armas de fogo contra pessoa em fuga que esteja desarmada ou que, mesmo na posse de algum tipo de arma, não represente risco imediato de morte ou de lesão grave aos agentes de segurança pública ou terceiros.

5. Não é legítimo o uso de armas de fogo contra veículo que desrespeite bloqueio policial em via pública, a não ser que o ato represente um risco imediato de morte ou lesão grave aos agentes de segurança pública ou terceiros.

6. Os chamados “disparos de advertência” não são considerados prática aceitável, por não atenderem aos princípios elencados na Diretriz n.º 2 e em razão da imprevisibilidade de seus efeitos.

7. O ato de apontar arma de fogo contra pessoas durante os procedimentos de abordagem não deverá ser uma prática rotineira e indiscriminada.

8. Todo agente de segurança pública que, em razão da sua função, possa vir a se envolver em situações de uso da força, deverá portar no mínimo 2 (dois) instrumentos de menor potencial ofensivo e equipamentos de proteção necessários à atuação

específica, independentemente de portar ou não arma de fogo.”

No ímpeto de facilitar a compreensão dos princípios orientadores do uso da força por agentes de segurança, acompanha o documento um glossário (Anexo II), que explica o significado de *legalidade* (consecução de um objetivo legal e nos estritos limites da lei), *necessidade* (emprego de níveis maiores de intensidade quando outros níveis menores não forem suficientes para atingir os objetivos legais pretendidos), *proporcionalidade* (compatibilidade com a gravidade da ameaça), moderação (emprego de redução de danos) e *conveniência* (avaliação do contexto, de modo que se possa optar por um meio menos danoso).

Em 20 de dezembro de 2012, o Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (CDDPH-SDH) aprovou o texto final da resolução que recomenda o fim do uso dos termos “autos de resistência” e “resistência seguida de morte” nos registros policiais, boletins de ocorrência, inquéritos policiais e notícias crimes. Segundo a Resolução nº 08/2012- CDDPH-SDH:

“Art. 1º - As autoridades policiais devem deixar de usar em registros policiais, boletins de ocorrência, inquéritos policiais e notícias de crimes designações genéricas como “autos de resistência”, “resistência seguida de morte”, promovendo o registro, com o nome técnico de “lesão corporal decorrente de intervenção policial” ou “homicídio decorrente de intervenção policial”, conforme o caso.”

Entre as medidas procedimentais mais importantes da Resolução nº 08/2012- CDDPH-SDH, destacam-se: a) a imediata comunicação da ocorrência ao Ministério Público para o exercício do controle da investigação; b) a imediata instauração de procedimento disciplinar pela Corregedoria de Polícia para apurar a regularidade da ação policial que tenha resultado em morte, adotando prioridade em sua tramitação; c) o imediato afastamento dos policiais envolvidos em ação que resulte morte até que se esclareçam as circunstâncias do fato e as responsabilidades, de modo que os policiais também ficam impedidos de participarem de processo de promoção por merecimento ou por bravura, enquanto perdurar o afastamento; d) a instalação de câmaras de vídeo e equipamentos de geolocalização (GPS) em todas as viaturas policiais; e) o estabelecimento de metas públicas de redução de mortes decorrentes de intervenção policial em situações de alegado confronto, como condição de repasse de verbas federais.

Em 18 de junho de 2013, o Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (CDDPH-SDH) aprovou o texto final da resolução que recomenda aplicação do princípio da não violência no contexto de manifestações e eventos públicos, bem como na execução de mandados judiciais de manutenção e reintegração de posse. Segundo a Resolução nº 06/2013- CDDPH-SDH:

“Art. 3º Não devem ser utilizadas armas de fogo em manifestações e eventos públicos, nem na execução de mandados judiciais de manutenção e reintegração de posse.

Art. 4º O uso de armas de baixa letalidade somente é aceitável quando comprovadamente necessário para resguardar a integridade física do agente do Poder Público ou de terceiros, ou em situações extremas em que o uso da força é comprovadamente o único meio possível de conter ações violentas.”

Obviamente que, apesar das boas intenções do Governo Federal, portarias e resoluções

editadas por órgão federal, sem força de lei, não obrigam nenhuma das polícias brasileiras a adotar os procedimentos sugeridos. Na legislação vigente, entendidas as leis aprovadas pelo Congresso Nacional, não se encontram regras específicas sobre o uso da força por agentes de segurança pública.

O art. 25, do Código Penal brasileiro (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940) dispõe que: “exerce legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”. Tomando por base as regras estabelecidas na Portaria Interministerial nº 4.226/2010 e nas Resoluções do CDDPH-SDH e o que dispõe o art. 25, do Código Penal, deve-se concluir que os agentes de segurança pública devem evitar o uso da força, utilizando-a somente em casos excepcionais. Assim, não se pode falar em cumprimento de dever legal. O art. 24, §1º, do Código Penal, estabelece que não pode alegar estado de necessidade quem tem o dever legal de enfrentar o perigo. Este é risco profissional próprio dos agentes de segurança pública. Assim, o uso da força por agentes policiais somente pode ser avaliado no âmbito do conceito de legítima defesa própria ou de outrem, jamais pode ser classificado como estrito cumprimento do dever legal ou estado de necessidade.

O art. 5º, da Constituição Federal estabelece a inviolabilidade do direito à vida, de modo que ao preso é assegurado o respeito à integridade física e moral. A segurança pública é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, exercida para preservação da ordem jurídica. Assim, deduz-se que o governo deve estimular políticas visando o controle do uso da força por agentes de segurança pública. Ocorre que, como já mencionado, mesmo após duas décadas da promulgação da Constituição Federal, não foi aprovada lei orgânica nacional que discipline a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública. A ausência de marcos legislativos definitivos dificulta o controle preventivo do uso da força policial.

3. As dificuldades para a aprovação e para a fiscalização de normas sobre o uso da força policial por agentes de segurança.

As dificuldades para a aprovação de uma lei orgânica nacional, que discipline a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública – e auxilie a fiscalização do uso da força por agentes de segurança pública – podem estar relacionadas ao grau de desacerto jurídico das polícias, na sua concepção institucional estabelecida na Constituição Federal.

Segundo Mariano (2004: 21), nenhuma instituição policiais no Brasil faz o ciclo completo da atividade policial, ou seja, “uma parte da mesma polícia investiga e outra parte majoritária realiza o policiamento ostensivo, o sistema de segurança pública brasileiro institucionalizou duas ‘meias’ polícias”, sendo uma de matiz civil, que se encarrega de fazer a investigação criminal e outra de organização militar, que é responsável pela manutenção da ordem pública.

A polícia judiciária realiza sua função voltada a colher elementos que venham a responsabilizar os autores de delitos. Ela realiza sua função com extrema autonomia, à medida que conferiu à investigação natureza inquisitorial. Assim, longe do controle do Poder Judiciário ou do Ministério Público, as autoridades que dirigem a polícia judiciária têm em suas mãos a

possibilidade de subverter os trâmites procedimentais e agir em interesse próprio contra desafetos.

Em outubro de 2008, a Diretoria Executiva da Federação Nacional dos Policiais Federais (FENAPEF), com dados compilados por Tércio Fagundes Caldas Júnior, realizou um estudo sobre a estrutura de carreira, atribuições e investigações das polícias de Portugal, Alemanha, Reino Unido, Bélgica, Estados Unidos da América e Chile. A conclusão foi que, nos modelos em estudo, não se encontrou a função de investigação como forma de pré-instrução criminal, de modo que a polícia não é função delegada do Judiciário, mas apenas fornece os elementos para a apuração dos fatos, coleta indícios de provas, faz a identificação de suspeitos e testemunhas, cabendo ao Ministério Público reunir elementos para formar um caso forte a ser apresentado ao Judiciário. Nestes países não há inquérito policial, mas sim, juizado de instrução para coleta de provas, função própria do Judiciário. Assim o estudo arremata:

“Em outras palavras, não existe em nenhum outro lugar do Planeta a função, cargo ou carreira de delegado de polícia, mormente com status de carreira jurídica como se vê no Brasil. O que se percebe, é que em todas as polícias examinadas, usa-se a denominação genérica de oficial de polícia, a todos servidores policiais, em referência ao ofício policial exercido por aqueles profissionais, diferentemente do uso brasileiro de infligir essa nomenclatura ao militar graduado de polícia.” (FENAPEF, 2008:35)

Para Barreto Júnior, citado por Rosânia Rodrigues de Sousa (2009, p. 64/65) a polícia civil possui uma cultura marcadamente jurídica, de modo que previlgia a elaboração do inquérito policial, tendo como requisito obrigatório ser formado em Direito. Assim, o delegado não é encarado estritamente como agente de segurança pública, mas sim como juiz de instrução.

A outra meia polícia, a polícia militar, que exerce a função de manutenção da ordem pública, é organizada de forma militar, ou seja, são “corporações aquarteladas, com disciplina, estrutura e regras das Forças Armadas, treinadas para enfrentar inimigos internos e externos”. (Mariano 2004: 22).

Os problemas institucionais, organizacionais e profissionais da polícia militar são ainda mais graves. Trata-se de um órgão marcadamente vinculado ao Exército e, ao mesmo tempo, ao Governo dos Estados da Federação, de modo que exercem funções completamente paradoxais. A identidade de órgão de segurança pública conflita-se com a identidade de força externa militarizada. A falta de compatibilidade entre a instituição, nitidamente marcada, ainda hoje, pela influência do Exército e a realidade das ruas, gerou um real drama identitário entre os policiais militares.

Como afirmou Muniz (1999: 32): “O empenho pertinaz – quase obsessão – de afastar o fantasma verde-oliva pela sobre-ênfase discursiva na natureza propriamente ‘policial’ de uma Polícia ostensiva cujo sobrenome é Militar, evidencia um tipo de perseguição incessante à sua própria singularidade.” Este desequilíbrio, que exige demais da Constituição, cuja concretização torna-se penosa, determina a sua própria inexecutabilidade. As contradições em torno das PMs tornam a Constituição impotente e inutilizada para levar a cabo seus fins na área de segurança pública, pois está em choque frontal com os domínios da realidade e as esferas do bom senso.

Na Constituição Federal de 1988, a Constituinte não deixou claro o que são as polícias militares. São órgãos de segurança pública propriamente ditos ou forças militares de defesa nacional? Na verdade, a Constituinte acabou por estabelecer duas funções, contraditórias e

incompatíveis entre si, o que tornou a dimensão constitucional das PMs irrealizável. Assim podemos afirmar que se faz necessário redimensionar a função das PMs para limitá-las às questões de segurança pública. De fato, como ressaltou Barroso (2003: 52), no caso brasileiro: “Seria ingênuo supor que uma sociedade marcada pelo autoritarismo anacrônico das relações políticas e sociais, envolvida em ingente esforço para atingir a contemporaneidade, pudesse ter uma Constituição com foros de definitividade.”

Assim fácil é compreender que a cultura repressiva faz parte da história de nossas polícias. A polícia foi criada para defender as elites e não o cidadão comum, treinada para reprimir movimentos sociais, sendo utilizada os fins de defesa interna, e não para prevenir o crime, gerando uma polícia ineficiente e autoritária e livre de controle pelos órgãos correccionais igualmente deficientes e institucionalmente criados para não funcionarem.

Considerar-se-ia de todo conveniente retirar as polícias civis da inconveniente função de polícia judiciária e as polícias militares da obscura função de forças auxiliares e reserva do Exército e determinar a unificação das polícias estaduais. Mas, na verdade, não é tão simples e se enfrenta resistências de todos os lados. É muito forte a representatividade no Congresso Nacional de interesses corporativos das polícias. É sedutor ao eleitor o discurso adotado por policiais candidatos a cargos políticos por leis penais mais duras. O exercício do cargo político somente suspende o vínculo profissional. Encerrado o período do mandato político, o policial possui a prerrogativa de retornar ao exercício do cargo público. É enorme o interesse daqueles que desejam que as polícias continuem com a mesma formatação, apesar de comprovadamente ineficiente.

A Constituição que tem pretensão de dinamicidade e estabilidade não pode ser utilizada para promover interesses contingenciais e efêmeros. Para Britto (2003: 99), “seja qual for o ato de reforma constitucional, a Constituição deve permanecer inteira em sua quintessência. Mudam-se algumas de suas partes para que o todo prossiga idêntico a si.” Assim, todos os órgãos policiais devem sofrer uma urgente reforma. Fazer com que a polícia seja mais eficiente passa por tirá-la do caos legislativo em que hoje ela está inserida. A sugestão assim, é inicialmente promover uma desconstitucionalização do capítulo da segurança pública, para redefinir o conceito de polícia, a exemplo da Constituição Portuguesa de 1976, que estabelece no artigo 272º:

1. A polícia tem por funções defender a legalidade democrática e garantir a segurança interna e os direitos dos cidadãos.
2. As medidas de polícia são as previstas na lei, não devendo ser utilizadas para além do estritamente necessário.
3. A prevenção dos crimes, incluindo a dos crimes contra a segurança do Estado, só pode fazer-se com observância das regras gerais sobre polícia e com respeito pelos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos.
4. A lei fixa o regime das forças de segurança, sendo a organização de cada uma delas única para todo o território nacional.”

Logo após a desconstitucionalização do capítulo da segurança pública, com o estabelecimento de regras gerais para a polícia, o Congresso Nacional deveria aprovar a lei orgânica nacional que discipline a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades, disciplinando, inclusive o uso da força por agentes de segurança. Somente assim, seria possível garantir

eficiência no cumprimento e na fiscalização do uso da força por policiais.

Caso fossem adotadas todas as sugestões legislativas pertinentes, ainda assim, haveria dificuldades na fiscalização do uso da força por agentes de segurança pública. Isto porque a atividade policial é demasiadamente complexa. Seria impreciso e desaconselhável enumerar as funções que a polícia exerce. Mesmo quando a lei delimita as funções da polícia, o simples fato de ser órgão incumbido na defesa da ordem pública, da incolumidade das pessoas e de seu patrimônio, já estabelece uma abertura fenomenal ao papel da polícia, pois significa que ela deve estar presente nos conflitos interpessoais.

Como bem ressaltou Goldstein (2003: 45): “A polícia é o único departamento disponível sete dias por semana, vinte e quatro horas ao dia, para responder aos pedidos de socorro de um cidadão – diferente de combater um incêndio ou consertar algum equipamento em mal funcionamento.” A atividade policial está concentrada em extensas áreas populacionais e nas regiões mais miseráveis das grandes cidades, de modo que a combinação de mazelas sociais faz que o policial acabe por ocupar o papel de assistentes sociais (Goldstein, 2003: 42). Assim, a polícia acabou por constituir num centro de serviços públicos indispensável e no órgão da administração que sofre mais com as exigências e expectativas das comunidades a que servem.

Neste contexto, Oliveira Júnior (2008: 23) destaca que:

“(...) É patente a ausência de um modelo teórico sobre a ação policial. A ação letal da polícia está diretamente relacionada a uma gama extensa de fatores sociais. Como exceção das ações de extermínio ilegais realizadas, a ação letal do policial acontece em situação de combate ao crime e a violência. O policial dentro de suas obrigações profissionais tem que tomar decisões sobre a melhor maneira de resolver uma situação de crise. O escalonamento racional sobre a melhor opção a ser elegida é feito em um cenário de alta imprevisibilidade, com altos riscos individuais, e para outros envolvidos. (...)”.

Visando solucionar a questão Oliveira Júnior (2008: 24) propõe uma *Teoria Interacional*, em que seja “*resultado de integração horizontal da teoria da escolha racional, do institucionalismo e da teoria da ecologia urbana*”. Em outras palavras, para avaliar a dimensão letalidade da ação policial, é preciso tomar em consideração a inserção do policial no perfil ecológico da região em que trabalha, na instituição policial e no contexto urbano. Assim, Oliveira Júnior (2008: 30) defende que “*a ação policial é resultado da interação entre as variáveis institucionais (constrangimentos políticos e institucionais) e as variáveis contextuais (perfil criminal da região onde os policiais atuam)*”. Através de referida teoria não se pretende desculpar excessos por parte de policiais, mas sim estabelecer um modelo que possibilite uma análise consistente sobre a letalidade.

4. Sugestões de atuação do controle externo do uso da força por agentes de segurança pública:

São sugestões de atuação do controle externo do uso da força por agentes de segurança pública, a ser exercido pelos membros do Ministério Público, de forma difusa:

1) expedir recomendação aos órgãos policiais a adoção das medidas estabelecidas na Resolução nº 08/2012- CDDPH-SDH, em especial: a) a imediata comunicação da ocorrência

ao Ministério Público para o exercício do controle da investigação; b) a imediata instauração de procedimento disciplinar pela Corregedoria de Polícia para apurar a regularidade da ação policial que tenha resultado em morte, adotando prioridade em sua tramitação; c) o imediato afastamento dos policiais envolvidos em ação que resulte morte até que se esclareçam as circunstâncias do fato e as responsabilidades, de modo que os policiais também ficam impedidos de participarem de processo de promoção por merecimento ou por bravura, enquanto perdurar o afastamento; d) a instalação de câmaras de vídeo e equipamentos de geolocalização (GPS) em todas as viaturas policiais; e) o estabelecimento de metas públicas de redução de mortes decorrentes de intervenção policial em situações de alegado confronto.

2) instaurar procedimento administrativo, visando investigar as circunstâncias do fato e as responsabilidades quando de ação policial que tenha resultado em morte ou lesões corporais, que pode resultar em ações penais ou cíveis.

3) fiscalizar, no âmbito do controle externo ordinário, se os agentes de segurança pública portam, no mínimo, 2 (dois) instrumentos de menor potencial ofensivo e equipamentos de proteção necessários à atuação específica, independentemente de portar ou não arma de fogo.

A Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP poderia:

1) sugerir ao Conselho Nacional do Ministério Público que inclua no exercício do controle externo da atividade policial, medidas preventivas ao uso da força por agentes de segurança pública, a exemplo das medidas acima já citadas;

2) sugerir ao Governo Federal e ao Congresso Nacional a desconstitucionalização do Título V, Capítulo III – da Segurança Pública (art. 144, da Constituição Federal), para estabelecer regras gerais para a polícia, tomando como exemplo o art. 272º, da Constituição da República Portuguesa, para logo depois, aprovar lei orgânica nacional que discipline a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades, disciplinando, inclusive o uso da força por agentes de segurança. De forma alternativa, o Ministério Público poderia sugerir, ao menos, a criação da lei orgânica nacional da polícia, de modo a contemplar, inclusive, o controle do uso da força por agentes de segurança.

5. Conclusão objetiva:

O uso da força por agentes de segurança pública possui como premissa principal a defesa da vida. O uso da força deve atender aos pressupostos da legalidade, da necessidade, da proporcionalidade, da moderação e da conveniência. Quando houver risco a vida, o uso da força deve se cessar imediatamente, ressalvadas as hipóteses de legítima defesa. O uso da força deve ser constantemente reavaliado por sistemas de controle interno e externo. O Ministério Público deve incluir rotinas visando o controle externo do uso da força por agentes de segurança pública.

6. Referências bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e Efetividade de suas Normas: limites e possibilidade da constituição brasileira. 7ª. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BRASIL, Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei,

adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua Resolução 34/169, de 17 de dezembro de 1979 –

http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/cao_civel/cadeias/doutrina/C%C3%B3digo%20de
Acesso em 12 de maio de 2013.

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. Acesso em 12 de maio de 2013.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 –

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 12 de maio de 2013.

BRASIL, Conselho Nacional do Ministério Público, Resolução n. 20/2007, de 28 de maio de 2007 –

<http://www.cnmp.gov.br/portal/images/stories/Normas/resolucao20alteradapelaresolucao65-2011.pdf> acesso em 12 de maio de 2013.

BRASIL, Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais de Justiça (Grupo Nacional de Efetivação do Controle Externo da Atividade Policial). Manual de Controle Externo da Atividade Policial. – <http://www.cnpj.org.br/index.php/manual-nacional-do-controle-externo-da-atividade-policial> acesso em 12 de maio de 2013.

BRASIL, Federação Nacional dos Policiais Federais. Polícia e Investigações Policiais no Mundo: Modelos de Estruturas de Carreira e Atribuições: alguns exemplos.

<http://www.fenapef.org.br/fenapef/>. Acesso em 12 de maio de 2013.

BRASIL, Princípios Básicos sobre o Uso da Força e Armas de Fogo pelos Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei, adotados pelo Oitavo Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizado em Havana, Cuba, de 27 de Agosto a 7 de setembro de 1999. <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tiduniversais/dhaj-pcjp-20.html>. Acesso em 12 de maio de 2013.

BRASIL, Princípios orientadores para a Aplicação Efetiva do Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei, adotados pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas na sua resolução 1989/61, de 24 de maio de 1989.

<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Sistema-Global.-Declara%C3%A7%C3%B5es-e-Tratados-Internacionais-de-Prote%C3%A7%C3%A3o/principios-orientadores-para-a-aplicacao-efetiva-do-codigo-de-conduta-para-os-funcionarios-responsaveis-pela-aplicacao-da-lei.html>. Acesso em 12 de maio de 2013.

BRASIL, Secretaria de Direitos Humanos e Ministério da Justiça, Portaria Interministerial nº 4.226/2010 – <http://download.rj.gov.br/documentos/10112/1188889/DLFE-54510.pdf/portaria4226usodaforca.pdf> acesso em 12 de maio de 2013.

BRASIL, Secretaria de Direitos Humanos. Resolução nº 08/2012- CDDPH-SDH, publicada no Diário Oficial da União de 21/12/2012 (nº 246, Seção 1, pág. 9).

http://www.sedh.gov.br/conselho/pessoa_humana/resolucoes-1/Resolucao%20no%2008%20-%20Auto%20de%20resistencia_%20versao%2018-12-12.pdf. Acesso em 12 de maio de 2013.

BRASIL, Secretaria de Direitos Humanos. Resolução nº 06/2012- CDDPH-SDH, publicada no Diário Oficial da União de 19/06/2013 (nº 116, Seção 1, pág. 2).

http://www.sedh.gov.br/conselho/pessoa_humana/resolucoes-

1/Resolucao%20no%2008%20-%20Auto%20de%20resistencia_%20versao%2018-12-12.pdf. Acesso em 10 de julho de 2013.

BRITTO, Carlos Ayres. Teoria da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GOLDSTEIN, Herman. Policiando uma Sociedade Livre. Tradução de Marcello Rollemberg. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2003 (Série Polícia e Sociedade; nº 9).

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).

MUNIZ, Jacqueline de Oliveira. Ser policial é, sobretudo, uma razão de ser: cultura e cotidiano da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro. Tese de Doutorado em Ciência Política. Rio de Janeiro: IUPERJ, 1999.

OLIVEIRA Jr, Emmanuel Nunes de. Letalidade da ação policial e teoria interacional: análise integrada do sistema paulista de segurança pública. Tese de Doutorado em Ciência Política. São Paulo: USP, 2008.

http://www.teses.usp.br/.../TESE_EMMANUEL_NUNES_DE_OLIVEIRA_JR. Acesso em 12 de maio de 2013.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Revisão Constitucional de 2005. Assembleia da República.

<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em 12 de maio de 2013.

SOUSA, Rosânia Rodrigues de. Análise do perfil cultural das organizações policiais e a integração da gestão em Segurança Pública em Belo Horizonte. Tese de Doutorado em Psicologia Social, do Trabalho e das Organizações. Brasília: UNB, 2009.

http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/7012/1/2009_RosaniaRodriguesdeSousa.pdf. Acesso em 12 de maio de 2013.

* Promotor de Justiça de 1ª Instância do Ministério Público do Estado do Ceará. E-mail: ythalo.loureiro@mp.ce.gov.br.