

LIVRO DE TESES

O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO FATOR DE REDUÇÃO DE CONFLITOS E CONSTRUÇÃO DA PAZ SOCIAL

XVIII CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

"O Ministério Público como Fator de Redução de Conflitos e Construção da Paz Social"

25 a 28 de novembro de 2009

COMISSÃO ORGANIZADORA

COORDENADORIA GERAL

PRESIDENTE-GERAL do XVIII Congresso Nacional do Ministério Público
José Carlos Cosenzo – Presidente da CONAMP

PRESIDENTE-EXECUTIVO
Rui Carlos Kolb Schiefler – Presidente da ACMP

PRESIDENTE DE HONRA
Luiz Henrique da Silveira – Governador do Estado de Santa Catarina

SECRETÁRIO-EXECUTIVO
Thiago Carriço de Oliveira – Promotor de Justiça SC

COORDENADORA SOCIAL E DE EVENTOS
Lara Peplau – Promotora de Justiça SC / Diretora Cultural e de Relações Públicas da ACMP

COORDENADORIA CIENTÍFICA

PRESIDENTE
José Galvani Alberton – Procurador de Justiça SC

VICE-PRESIDENTE
Paulo de Tarso Brandão – Procurador de Justiça SC

1º SECRETÁRIO
Max Zuffo – Promotor de Justiça SC

2ª SECRETÁRIA
Walkyria Ruicir Danielski – Promotora de Justiça SC

DEMAIS MEMBROS DA COORDENADORIA CIENTÍFICA
Márcia Aguiar Arend – Promotora de Justiça SC
Sidney Eloy Dalabrida – Promotor de Justiça SC
Eduardo Sens dos Santos – Promotor de Justiça SC
Pedro Roberto Decomain – Promotor de Justiça SC

Copyright © 2009 by Associação Catarinense do Ministério Público

1ª edição: novembro de 2009

Editoração Eletrônica: Editora Magister

Todos os direitos reservados. É expressamente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem prévia autorização do autor. (Lei 9.610, de 19.02.98 – DOU 20.02.98)

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

C749 XVIII Congresso Nacional do Ministério Público: o Ministério Público como fator de redução de conflitos e construção da paz social. / Associação Catarinense do Ministério Público – ACMP. Porto Alegre: Magister, 2009.

21x29,7 cm. ; 619 p.
ISBN 978-85-85275-19-8

1. Ministério Público. 2. XVIII Congresso Nacional. I. Associação Catarinense do Ministério Público – ACMP.

CDU 347.963(81)

Catalogação na publicação: Leandro Augusto dos Santos Lima – CRB 10/1273

Associação Nacional dos Membros do Ministério Público
SRTVS Qd.701, Centro Empresarial Assis Chateaubriand, Bl. II, sl.634 e 636
70340-906 – Brasília – DF
Fone: (61) 3314.1353 / Fax: (61) 3322-5887

Associação Catarinense do Ministério Público
Av. Othon Gama D'Eça, 900
Centro Executivo Casa do Barão – Bloco A – Sala 106
88015-240 – Florianópolis – SC

Alameda Coelho Neto, 20 / 3º andar
91340-340 – Porto Alegre – RS
(51) 3027.1100 – www.editoramagister.com

APRESENTAÇÃO

Florianópolis, 05 de novembro de 2009

Queridos colegas e amigos

Após mais de dois anos de trabalho na árdua preparação e de convivência com a imensa expectativa, as primeiras palavras que imaginamos destinar aos ilustres participantes do XVIII Congresso Nacional do Ministério Público é que "desejamos repetir, na bela e aprazível cidade de Florianópolis, o mesmo sucesso dos eventos anteriores". Sim, porque, a cada biênio, as pessoas envolvidas na realização do maior encontro de Promotores e Procuradores de Justiça buscam alternativas para melhorar o anterior.

E o fazem porque sabem, e muito bem, que todas as ferramentas hoje postas para desenvolvermos nossa grave missão institucional surgiram de eventos desta natureza. Foi em memoráveis momentos e inesquecíveis discussões em nossos Congressos que surgiram as grandes ideias, depois projetadas para um futuro não muito distante e concretizadas, as últimas, na Constituição Federal de 1988.

Como já tivemos oportunidade de realçar várias vezes, em acontecimentos como este que estamos prestes a vivenciar, conseguimos mesclar dois grandes e bons propósitos, que são a união da classe, integrando os colegas de todos os rincões deste país de dimensão continental, e o profícuo período de dedicação às questões afetas ao Ministério Público e, por extensão, à sociedade brasileira.

Foi assim que fizemos sobressair os contornos de uma portentosa instituição, que, como todos reconhecemos, está em permanente construção. Pode ser paradoxal, mas em permanente construção e aperfeiçoamento, pois, quando imaginamos estar na fase de acabamento, de retoques finais, novos desafios surgem e nos obrigam a começar a construir novos caminhos. E depois aperfeiçoá-los.

Todavia, ideia e coragem nunca nos faltaram. Como fiz questão de destacar acima, a Coordenadoria Científica do XVIII Congresso Nacional do Ministério Público, constituída pelos competentes e queridos colegas José Galvani Alberton, **Presidente;** Paulo de Tarso Brandão, Vice-Presidente; Max Zuffo, **1º Secretário;** Walkyria Ruicir Danielski, **2ª Secretária, e os não menos ilustres membros** Márcia Aguiar Arend, Sidney Eloy Dalabrida, Eduardo Sens dos Santos e Pedro Roberto Decomain, através do Secretário-Executivo, Thiago Carriço de Oliveira, e da Coordenadora Social e de Eventos, Lara Peplau, capitaneados pelo Presidente-Executivo e Presidente da ACMP, Rui Carlos Kolb Schiefler, cuja homenagem pelo incomensurável trabalho e dedicação, antecipadamente quero registrar, inovaram no tema, escolhendo *"O Ministério Público como Fator de Redução de Conflitos e Construção da Paz Social"*, e ousaram na criatividade, ao encontrar espaço para realizar uma audiência temática, nominada *"Postura e limites da atuação do Ministério Público em face das políticas públicas e dos princípios da livre iniciativa"*.

Assim, além das tradicionais discussões na apreciação das teses, acaloradas nos debates e fraternas no desenvolvimento, teremos a oportunidade ímpar de discutir com ilustres convidados, que representam vários segmentos da sociedade, os tormentosos problemas do Brasil e a atuação do Ministério Público na defesa da sociedade. Certamente, os debates serão apaixonados e inflamados, mas, ao nos submetermos à sua realização, deveremos todos estar imbuídos dos melhores propósitos para receber os elogios e com os espíritos desarmados e preparados para o recebimento de eventuais críticas, para nelas buscar as reflexões visando ao aperfeiçoamento da atuação institucional.

Se o tema escolhido é sugestivo e amplo, mormente quando estamos pugnando ininterruptamente para fulminar as agressões aos menos favorecidos e buscar sua inserção, atuando como "agentes transformadores da realidade social", revela-se oportuníssimo, em tempos de crise mundial, encontrar a regulação dos enfrentamentos e enaltecer a paz entre o nosso povo, certamente como fator de crescimento do país.

Ademais, se tudo isso não bastasse, ainda teremos vários juristas que dispensam apresentação, selecionados entre os melhores, a nos contemplar com palestras e ensinamentos que certamente marcarão de forma indelével o agradável encontro, cujo agradecimento pela inestimável colaboração aqui o fazemos.

Iniciei esta apresentação da maneira mais informal e fraterna possível, pois imagino que assim devem ser pautados nossas ações e nosso relacionamento, certamente estreitados no encerramento das atividades, e, dessa forma, se queremos o sucesso pleno do evento, devemos reverenciar quem efetivamente contribuirá para tal, que são os colegas participantes.

A sua presença já auxilia em parte, mas, como somos colegas e amigos, penso estarmos autorizados a solicitar mais e, em nome de todos os envolvidos nessa grande organização, pedimos sua participação efetiva nas palestras, nos debates, nas discussões, aplaudindo e criticando de forma construtiva, como é próprio da nossa classe.

Por final, como o congraçamento é muito importante e o local colabora muito para isso, substituo o verbo "pedir" por "convocar" todos os congressistas e familiares a usufruírem as belezas naturais de Florianópolis e a experimentarem a culinária, as praias, passeios e a alegria contagiante do povo ordeiro e trabalhador de Santa Catarina.

O sucesso depende de nós. Espero que, no futuro, ao examinarmos este livro de teses apresentadas pelos colegas dedicados à causa do Ministério Público, possamos todos, indistintamente, nos recordar deste memorável encontro e, espancando um pouco a modéstia, compartilhar de seu mérito.

Afinal, nada melhor que dizer: "eu participei!".

Um enorme, fortíssimo e fraterno abraço.

JOSÉ CARLOS COSENZO

Presidente da CONAMP

APRESENTAÇÃO

Estimados Colegas do Ministério Público brasileiro

Desde que o Conselho Deliberativo da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), referendou em julho de 2007, a proposta apresentada pela Associação Catarinense do Ministério Público (ACMP), para sediar o nosso encontro nacional em 2009, não poupamos esforços conjuntos para a realização de um grande e marcante evento. Assim, de 25 a 28 de novembro, Florianópolis acolherá mais de mil membros da Instituição - e acompanhantes - para a realização do XVIII Congresso Nacional do Ministério Público brasileiro.

O tema central do encontro e das teses será ***"O Ministério Público como fator de redução de conflitos e a construção da Paz Social"***. Na Área Criminal, o foco é ***"Justiça Penal e Pacificação"***. Na Área Cível e Especializada, ***"A Gestão de Conflitos e a Paz Social"***. E, finalmente, na esfera de Política Institucional e Administrativa, ***"A Interação Corporativa e Responsabilidade Funcional como Condição de Fortalecimento Institucional."*** Por certo, títulos de tal relevância irão fomentar ricos debates para estimular o fortalecimento de nossas prerrogativas institucionais e classistas, tendo como pilares a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

É oportuno registrar que pela primeira vez o Ministério Público vai abrir as suas portas, durante o seu maior congresso, para a sociedade civil falar, elogiar, reclamar e dar sugestões. Essa é a proposta da Audiência Temática ***"Postura e Limites da Atuação do Ministério Público em Face das Políticas Públicas e dos Princípios da Livre Iniciativa"***, tema escolhido pela Comissão Científica do evento. A audiência tem como objetivo ressaltar o caráter democrático do MP e contará com a participação de entidades dos mais diversos setores da sociedade em geral. Nosso encontro também será uma oportunidade para fazermos uma reflexão sobre o papel que a Instituição vem exercendo, 20 anos após a Constituição de 1988.

Como de tradição, em paralelo à programação científica ocorrerão reuniões dos Conselhos Nacionais de Procuradores Gerais e de Corregedores-Gerais, do Colégio de Diretores de Escolas, dos Ouvidores, bem como do Conselho Deliberativo da CONAMP, unidos no debate único de honrar e fortalecer nossa nobre, respeitada e, às vezes, questionada Instituição. Nossos desafios são diários e nossos líderes, portanto, precisam sim ficar atentos e unidos!

Finalmente, organizamos uma agenda cultural e de lazer diversificada, para bem receber a todos. Vamos mostrar como múltipla e rica é a cultura da Bela e Santa Catarina.

Bem vindos a Florianópolis, Ilha da Magia!!

Que mágica seja a presença de cada um de vocês entre nós. Tenham certeza que o povo Barriga Verde espera por todos de braços e corações abertos! Sejam felizes aqui e sempre!

Obrigado.

Florianópolis, novembro de 2009.

Rui Carlos Kolb Schiefler
Presidente da ACMP
Secretário-Geral da CONAMP

SUMÁRIO

ÁREA CÍVEL E ESPECIALIZADA

003
A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA GESTÃO DOS CONFLITOS QUE ENVOLVAM GUARDA DE FILHOS DE PAIS SEPARADOS
Luciano Machado de Souza 19

005
FORMULAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, PARTICIPAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E CONTROLE JUDICIAL
Eduardo Augusto Salomão Cambi 24

008
A BUSCA DA FELICIDADE: UM OUTRO OLHAR PARA A MISSÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO
Antonio Ozório Leme de Barros 28

009
ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – AFASTAMENTO DO AGENTE PÚBLICO – PODER GERAL DE CAUTELA
Antônio Winkert Souza e Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini 38

011
A PERPETUIDADE DA RESERVA LEGAL EM VISTA DA EXPANSÃO URBANA DOS MUNICÍPIOS
Luis Eduardo Couto de Oliveira Souto 43

013
OS INSTRUMENTOS LEGAIS ALTERNATIVOS PARA A EFETIVAÇÃO DA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA DAS UNIDADES DE CONSERVAÇÃO DE PROTEÇÃO INTEGRAL
Alexandre Gaio e Ana Paula Pina Gaio 45

014
O ESTABELECIMENTO DA PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE COMO POLÍTICA DE DIREITOS HUMANOS: REPERCUSSÕES NA EVOLUÇÃO DA TUTELA PENAL
José Godofredo Pires dos Santos 52

018
A SINGULARIDADE DO PRAZO DE DEFESA PRÉVIA DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA
Karina Gomes Cherubini 59

020
O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE E O DEVER JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE VEICULAÇÃO DE INFORMAÇÕES SOBRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA INTERNET
Rodrigo Leite Ferreira Cabral 64

022
INQUÉRITO CIVIL *VERSUS* PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO (INOMINADO): SRU
Epaminondas da Costa 69

024
O PRINCÍPIO DA SUSTENTABILIDADE E O DIREITO DO CONSUMIDOR
Fábio de Souza Trajano 72

025
A ENERGIA EÓLICA NO ESTADO DO CEARÁ – A FARSA DA ENERGIA LIMPA OU DA (IM) PRESCINDIBILIDADE DE EIA/RIMA EM ZONA COSTEIRA
Alexandre de Oliveira Alcântara 79

027
CONTRATAÇÃO DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS POR PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO – APLICABILIDADE, DESVIOS E INVESTIGAÇÃO
Carlos Alberto Hohmann Choinski 86

028
A PRESUMIDA LESÃO AO ERÁRIO EM RAZÃO DA FRUSTRAÇÃO DA LICITUDE DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO
Renato de Lima Castro 92

030
O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO DEFENSOR DO ESTADO LAICO
Edilsom Farias 96

031
CONSELHOS DE PARTICIPAÇÃO POPULAR E A EFETIVAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS
Valério Bronzeado 100

032
O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA COMO VETOR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO COMBATE À INEFICIÊNCIA FUNCIONAL
Leandro Garcia Algarte Assunção 103

042
CRISE JURÍDICA OU ECONÔMICA? SOLUÇÕES E DESAFIOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA TUTELA COLETIVA DO CONSUMIDOR
Cláudio Siminovich 108

044
ATRIBUIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL NA QUESTÃO INDÍGENA: A INTERAÇÃO COMO MEIO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS CULTURAIS
Willian Lira de Souza 115

047
O MINISTÉRIO PÚBLICO E O CONTROLE DO CUMPRIMENTO DA REGRA CONSTITUCIONAL DE OBRIGATORIEDADE DO CONCURSO PÚBLICO
Raul de Mello Franco Júnior 122

051
INTERPRETAÇÃO DO VOCÁBULO DESVIO PREVISTO NA CABEÇA DO ARTIGO 10 DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA
Ivaldo Lemos Júnior, Carlos Alberto Cantarutti, Vetuval Martins Vasconcelos e Karina Soares Rocha 130

052
A RELIGIÃO ENTRE A PESSOA HUMANA E O ESTADO DE DIREITO: DIRETRIZES PARA A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO
Emerson Garcia 134

053
A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA GERAÇÃO DE EFEITOS PÚBLICOS E NO DESENVOLVIMENTO HARMÔNICO E SUSTENTÁVEL – FORMAS DE DAR EFETIVIDADE AOS DITAMES DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DE FOMENTAR POLÍTICAS PÚBLICAS ATRAVÉS DO PLANEJAMENTO E GESTÃO SISTÊMICOS
Rodrigo Schoeller de Moraes 144

054
TRANSPARÊNCIA, INEXISTÊNCIA DE SIGILO BANCÁRIO EM TRANSAÇÕES A PARTIR DE CONTAS DE ENTES PÚBLICOS JUNTO À INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS E EFETIVO O COMBATE À CORRUPÇÃO
Vinícius de Oliveira e Silva 152

058
O CRÉDITO E O EMPRÉSTIMO CONSIGNADO
Ciro Expedito Scheraiber 160

062
ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA, "DEVOLUÇÃO" IMOTIVADA EM PROCESSO DE ADOÇÃO DE CRIANÇA E DE ADOLESCENTE E REPARAÇÃO POR DANO MORAL E/OU MATERIAL
Epaminondas da Costa 166

067
O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO ARTICULADOR, MEDIADOR, FORMULADOR E FISCALIZADOR DAS POLÍTICAS PÚBLICAS
Edson José Guerra 172

068
O PROMOTOR DE JUSTIÇA NA INDUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS
Itamar Dias Noronha 182

069
A PRELIMINAR DA REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO: UMA FORMÚLA PROCESSUAL TAUTOLÓGICA PARA O ATUAR DO MINISTÉRIO PÚBLICO
Maria Betânia Silva e Itamar Dias Noronha 188

072
DO DEVER DO PODER PÚBLICO DE PRIORIZAR O FORNECIMENTO DE ALIMENTOS ORGÂNICOS NA MERENDA ESCOLAR
Rejane Strieder 196

073
O PODER PÚBLICO E O DEVER FUNDAMENTAL DE CONSUMO SUSTENTÁVEL
Rejane Strieder 202

074
ROYALTIES: RECURSOS DISPONÍVEIS PARA EFETIVAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DA INFÂNCIA E JUVENTUDE COMO PRIORIDADE ABSOLUTA
Rosemary Souto Maior de Almeida 212

075
"DA NÃO APLICAÇÃO DO ART. 47, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC, ÀS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA"
Salomão Abdo Aziz Ismail Filho 217

076
"DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 29-VIII DA LEI 8.625/93: FORO PRIVILEGIADO DENTRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO"
Salomão Abdo Aziz Ismail Filho 220

077
MINISTÉRIO PÚBLICO DEFENSOR DA DEMOCRACIA
Geraldo Margela Correia 222

079
DÉCADA DAS AMÉRICAS PELOS DIREITOS E PELA DIGNIDADE DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: O QUE O MINISTÉRIO PÚBLICO TEM A VER COM ISTO?
Judith Pinheiro Silveira Borba 225

083
CONTROLE JUDICIAL ORÇAMENTÁRIO EM FAVOR DO FIA: CONSTRUINDO MECANISMOS DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS
Pedro Ivo de Sousa 229

085
DA INEXISTÊNCIA DO DIREITO DE PREFEITOS À INDICAÇÃO DE LOCAL, DIA E HORA PARA OUVIDA EM SEDE DE INVESTIGAÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA CONDUZIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO
André Felipe Barbosa de Menezes 239

094
O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA BUSCA DA AUTONOMIA DOS CONSELHOS DE SAÚDE. A QUESTÃO DA PRESIDÊNCIA
Carla Carrubba, Denise da Silva Vidal, Vanessa Katz e Leandro Navega 243

096
A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELA GARANTIA DE PARTICIPAÇÃO POPULAR NOS CONSELHOS
Nadilson Portilho Gomes, Carmen Burle da Mota, Priscilla Tereza de Araujo Costa e Crystina Michiko Taketa Morikawa 247

098
O MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DOS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS: UMA ATUAÇÃO AFIRMATIVA PACÍFICA EM FAVOR DA CONCRETUDE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA
Priscilla Tereza de Araujo Costa, Nadilson Portilho Gomes, Crystina Michiko Taketa Morikawa e Carmen Burle da Mota 252

099
O MINISTÉRIO PÚBLICO E A MOBILIZAÇÃO POPULAR
Nadilson Portilho Gomes, Carmen Burle da Mota, Priscilla Tereza de Araujo Costa e Crystina Michiko Taketa Morikawa 258

100
MINISTÉRIO PÚBLICO DA EDUCAÇÃO: VISÕES DE UMA ATUAÇÃO DIFERENCIADA EM PROL DE TODOS
Nadilson Portilho Gomes, Carmen Burle da Mota, Priscilla Tereza de Araujo Costa e Crystina Michiko Taketa Morikawa 263

110
O MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES E A DESNECESSIDADE DE ATUAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL
Robson Renault Godinho 269

111
TAC MINISTÉRIO PÚBLICO X FEBRABAN: UMA ATUAÇÃO BASEADA NO DIÁLOGO
Maria Izabel do Amaral Sampaio Castro 276

113
A IMPORTÂNCIA DA DEFESA DA LAIDADE DO ESTADO BRASILEIRO PELO MP PARA A PRESERVAÇÃO DA PAZ SOCIAL
Roberto Livianu 282

117
A EXCLUSÃO DOS AGENTES POLÍTICOS DA APLICAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE N. 13 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
Analú Librelato Longo 285

ÁREA CRIMINAL

006
INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 483, III e § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL
Diego Nardo 293

010
DA ADMISSIBILIDADE DA RETRATAÇÃO DA REPRESENTAÇÃO NO CURSO DA AÇÃO PENAL NOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS FACE À INCOMPATIBILIDADE DO ARTIGO 25 DO CPP COM A LEI Nº 9.099/95
Andréa Simone Frias 295

015
PACIFICAÇÃO – REDUÇÃO CONFLITOS RELAÇÕES INTERPESSOAIS
Carla Moretto Maccarini 300

016
A DESNECESSIDADE DA INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AÇÃO PENAL PRIVADA
Frederico Rangel de Albernaz 303

017
OS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS COMO SENTIDO DO VETOR AXIOLÓGICO CONSTITUCIONAL E A POSSIBILIDADE DE CONCILIAÇÃO NAS INFRAÇÕES DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO DE AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA
Tiago Joffily 313

019
CONCURSO DE INFRAÇÕES DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO ENTRE SI E A PERMANÊNCIA DO FEITO NO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
Suzane Maria Carvalho do Prado 323

026
HABEAS CORPUS NÃO IMPETRADO POR ADVOGADO E A POSIÇÃO DO MP
Antonio Visconti 328

029
A VIOLAÇÃO AO ARTIGO 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: CAUSA DE NULIDADE PROCESSUAL ABSOLUTA
André Luis Bortolini e Leandro Garcia Algarte Assunção 332

033
PENA DE MULTA CRIMINAL, EXECUÇÃO E LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO
Valter Foleto Santin 338

034
POSSIBILIDADE LEGAL DA CITAÇÃO "INDIRETA" NO PROCESSO PENAL
Flávio Teixeira de Abreu Júnior 345

035
A MISSÃO DE PACIFICAÇÃO SOCIAL DO DIREITO PENAL PELA VIA DO TIPO PENAL DE PERIGO
Marcondes Pereira de Oliveira e Sérgio Reis Coelho 348

040
A PENA DE MULTA E SUA EFICÁCIA EXECUTIVA
Sheilla Maria da Graça Coitinho das Neves 354

041
O MINISTÉRIO PÚBLICO E A VÍTIMA DO DELITO
Vilson Farias 359

045
O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO DE AGENTE POLÍTICO COMO MEIO DE PREVENÇÃO À CRIMINALIDADE
Tiago Cintra Essado 369

046
PARÂMETROS DE ANÁLISE DA NECESSIDADE DE EXAME CRIMINOLÓGICO PARA PROGRESSÃO DE REGIME NO CUMPRIMENTO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE
Marcus Vinícius Amorim de Oliveira 371

048
A CONTRAVENÇÃO PENAL DO PORTE ILEGAL DE ARMA BRANCA: UMA ABORDAGEM À LUZ DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E DO DIREITO PENAL TRANSDOGMÁTICO
Ubirajara Braga de Albuquerque, Danilo Lovisaro do Nascimento e Vinicius Menandro Evangelista de Souza .. 376

049
A TEORIA DO LABELLING APPROACH COMO UM IMPORTANTE FUNDAMENTO NA BUSCA PELA PACIFICAÇÃO NO ÂMBITO PENAL
Sérgio Reis Coelho e Marcondes Pereira de Oliveira 382

050
PARCEIROS DA PAZ: UMA PROPOSTA DE APROXIMAÇÃO COM A SOCIEDADE NA TUTELA DIFUSA DA SEGURANÇA PÚBLICA
Alice de Almeida Freire 388

055
A INIMPUTABILIDADE E A SEMI-IMPUTABILIDADE SEGUNDO A REGRA DO ARTIGO 387, INCISO IV DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL
Érica Verícia Canuto de Oliveira Veras 392

056
PROJETO OPERAÇÃO BARES (SEGUNDA FASE): CAPACITAÇÃO DOS PROPRIETÁRIOS COMO PACIFICADORES DE CONFLITOS
Augusto Eduardo de Souza Rossini 395

060
TRANSAÇÃO PENAL, EXECUÇÃO DA PENA E NECESSIDADE DE NOVA CAUSA INTERRUPTIVA DA PRESCRIÇÃO
Calixto Oliveira Souza 404

063
MORALIDADE ADMINISTRATIVA, ÉTICA EMPRESARIAL E A NECESSÁRIA REVISÃO LEGISLATIVA DOS CRIMES DA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS
Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini 411

065
O *TRIBUNAL POPULAR* COMO MEIO PARA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
Augusto Eduardo de Souza Rossini 420

071
NA PRISÃO, A REMIÇÃO POR ESTUDO – UM PASSO ADIANTE
Marcellus de Albuquerque Ugiette 423

078
CURANDEIRISMO – CRIME DE DISCRIMINAÇÃO E INCOERÊNCIA NA GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE
Maria Ivana Botelho Vieira da Silva 429

082
(IM)POSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO JUDICIAL DIANTE DO PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO FORMULADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO JULGAMENTO PROFERIDO PELO STF NO HC 82.844/RJ
Pedro Ivo de Sousa 435

084
A PARTICIPAÇÃO DA SOCIEDADE E DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA PÚBLICA NO PARADIGMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO
Pedro Ivo de Sousa 444

102
NOS CRIMES TENTADOS CONTRA O PATRIMÔNIO SEM VIOLÊNCIA FÍSICA À VÍTIMA, COM DEVOLUÇÃO DA *RES FURTIVA*, SOMENTE SE PROCEDE MEDIANTE REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA
Ricardo Albuquerque da Silva 454

103
APLICAÇÃO INDEVIDA DO GARANTISMO, POR PARTE DE MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, EXTRAPOLA OS LIMITES DA INDEPENDENCIA FUNCIONAL
Ricardo Albuquerque da Silva 456

104
A POLÍCIA DO ESTADO E A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE URBANO: A ATENÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988
Fernanda Leão de Almeida e Jaqueline Lorenzetti Martinelli 459

108
O DOLO EVENTUAL NO TRIBUNAL DO JÚRI
Luís Antônio Minotto Portela 464

116
O MINISTÉRIO PÚBLICO TEM DIREITO AO CONTRADITÓRIO EM *HABEAS CORPUS*
Eduardo Sens dos Santos 469

118
EMBRIAGUEZ AO VOLANTE E MEIOS DE PROVA. APONTAMENTOS E BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A TIPICIDADE DO ARTIGO 306 DA LEI N. 9.503/97.
Ricardo Rangel de Andrade e Fernando Braga Viggiano 475

POLÍTICA INSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVA

001
O DIREITO ADQUIRIDO AO APOSTILAMENTO DO ACRÉSCIMO DE 17% AO TEMPO DE SERVIÇO PARA FINS DE FUTURA APOSENTADORIA DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO
Nadir de Campos Júnior 483

012
O PERÍODO DO ESTÁGIO PROBATÓRIO COMO CONDIÇÃO PARA VITALICIAMENTO DE MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO
Celso Jerônimo de Souza 487

021
ATENTADO À UNIDADE E INDIVISIBILIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO: LEGITIMAÇÃO À DEFENSORIA PÚBLICA PARA TUTELA COLETIVA
Anderson Lodetti Cunha de Oliveira 492

023
A ATUAÇÃO FISCALIZATÓRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA NOVA LEI DE MANDADO DE SEGURANÇA
João Paulo Santos Schoucair 502

043
A INTERAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO COM A SOCIEDADE E A CONSTRUÇÃO DO PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO INSTITUCIONAL
Alexey Choi Caruncho e Márcio Soares Berclaz 509

059
A CORREGEDORIA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO E A NECESSIDADE DE (RE) DEFINIÇÃO DO SEU PAPEL DE ORIENTAÇÃO E FISCALIZAÇÃO DOS MEMBROS NO COMPROMISSO DE CUMPRIMENTO E CONCRETIZAÇÃO DO PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO INSTITUCIONAL
Márcio Soares Berclaz 518

061
A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NOS PROCEDIMENTOS DE ADOÇÃO INTERNACIONAL
Maria Neves Feitosa Campos e Daniele Bomfim Máximo 528

064
A ATUAÇÃO PRÓ-ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA BUSCA DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
Ythalo Frota Loureiro 533

066
INCORPORAÇÃO ÀS COORDENADORIAS ADMINISTRATIVAS MUNICIPAIS COM MAIS DE TRÊS PROMOTORIAS DE JUSTIÇA DO CONSELHO MUNICIPAL DE PROMOTORES PARA O MINISTÉRIO PÚBLICO PROMOVER A UNIDADE INSTITUCIONAL, ELABORAR E EXECUTAR O PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO, DEFINIR POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUCIONAIS LOCAIS, DESENVOLVER A CULTURA DO APRENDIZADO E CONSTRUIR UMA VISÃO SISTÊMICA E GLOBALIZADA SOBRE SUA MISSÃO CONSTITUCIONAL
Edson José Guerra 542

070
O MINISTÉRIO PÚBLICO "OMBUDSMAN": O PROMOTOR DE JUSTIÇA NAS RUAS
Júlio César Soares Lira 549

080
A ATUAÇÃO DA PROCURADORIA DE JUSTIÇA CÍVEL DE PERNAMBUCO NA PROMOÇÃO E DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
Judith Pinheiro Silveira Borba 558

081
POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL DE PROMOTOR DE JUSTIÇA EXERCER MANDATO EM ÓRGÃOS DA ADMINISTRAÇÃO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO FATOR DE INTERAÇÃO CORPORATIVA
Wendell Beetoven Ribeiro Agra 564

093
DA LEGALIDADE DA COLABORAÇÃO ENTRE O MINISTÉRIO PÚBLICO E ENTIDADES CIVIS NA FISCALIZAÇÃO DE OBRIGAÇÕES AJUSTADAS EM SEDE DE TERMOS DE COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA: A REDUÇÃO DE CONFLITO E CONSTRUÇÃO DA PAZ SOCIAL COMO OBJETIVO
Robertson Fonseca de Azevedo 570

097
A DEMOCRACIA COMEÇA EM CASA? UMA PROPOSTA PARA O APERFEIÇOAMENTO DEMOCRÁTICO NO MINISTÉRIO PÚBLICO
Nadilson Portilho Gomes, Carmen Burle da Mota e Crystina Michiko Taketa Morikawa 579

105
MINISTÉRIO PÚBLICO DE RESULTADOS: A ATUAL MISSÃO INSTITUCIONAL
João Gaspar Rodrigues 584

106
A INCONSTITUCIONALIDADE DA REQUISIÇÃO/NOTIFICAÇÃO INDIRETA (ART. 26, §1º, DA LEI N. 8.625, DE 12.02.1993): VIOLAÇÃO AOS ARTS. 5º, INC. LXXVIII E 127, §1º, DA CF
João Gaspar Rodrigues 593

107
DA NECESSIDADE DE REVISÃO DOS PROCESSOS DE SELEÇÃO, VITALICIAMENTO E APERFEIÇOAMENTO DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO
Samia Saad Gallotti Bonavides 598

109
FORTALECIMENTO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO E A CONCRETIZAÇÃO DA ORDEM JURÍDICA
Claudio Tenorio Figueiredo Aguiar 608

114
EXCELÊNCIA NO ATENDIMENTO AO PÚBLICO: MUDANÇAS DE PARADIGMA E ESTABELECIMENTO DE PADRÕES DE QUALIDADE NO ATENDIMENTO AO PÚBLICO REALIZADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO
Isabel de Lizandra Penha Alves 616

XVIII CONGRESSO NACIONAL DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

"O Ministério Público como Fator de Redução de Conflitos e Construção da Paz Social"

Área Cível e Especializada

003

A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA GESTÃO DOS CONFLITOS QUE ENVOLVAM GUARDA DE FILHOS DE PAIS SEPARADOS[1]

Luciano Machado de Souza[2]

Promotor de Justiça/PR

JUSTIFICATIVA:

Prescindindo do método tradicional, pela maioria considerado mais adequado para a reflexão proposta, e sem temor da crítica, vislumbra-se que o motivo do trabalho ganha com ilustração da hipótese: O Estado, no exercício democrático do monopólio da jurisdição, é instado a decidir quem deve ficar com os filhos quando os pais não conseguem resolver consensualmente acerca da guarda. Acreditando poder resolver os problemas do afeto apenas sustentado pelo arcabouço jurídico, o Juiz pode decidir fundamentando naquilo que acredita ser a demonstração do melhor interesse das crianças ou adolescentes envolvidos, coletado em relatórios da situação socioeconômica e na prova testemunhal. Outras vezes, e aplicando analogicamente o disposto no artigo 45, par. 2º, da Lei nº 8.069/90 (ECA)[3], há quem defenda ser possível transferir ao adolescente envolvido a escolha do guardião, isto é, dar ao incapaz o ônus de declarar judicialmente se pretende ficar sob a guarda unilateral do pai ou da mãe, como se isso bastasse para a solução do conflito instalado pelos genitores. Como pode o Ministério Público atuar em favor da minimização dos conflitos resultantes dessa hipótese não rara no cotidiano dos Juízos de Família, em benefício da paz social, é o que justifica a investigação.

INTRODUÇÃO:

Preliminarmente, impõe-se registrar que o termo "pais separados" foi inserido no título apenas como recurso de linguagem, mas não tecnicamente. Com efeito, não se buscou restringir a discussão aos casos de pais separados, isto é, aos casos de conflitos de guarda veiculados em processos de separação judicial. Em verdade, busca-se tratar do papel do Promotor de Justiça em todos os conflitos que envolvam guarda de filhos de pais que não coabitam, sejam aqueles decorrentes de processos de separação, propriamente, como de divórcio, dissolução de união estável, ou apenas de regulamentação de guarda, pura e simples, envolvendo genitores que sequer chegaram a casar ou conviver.

Os conflitos envolvendo a guarda dos filhos de pais que não coabitam ganharam novos contornos com o advento da Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008, que instituiu a guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro.

Ainda novel, o instituto que não é desconhecido da prática forense nacional, produz polêmica acerca dos reais benefícios em favor das crianças e adolescentes envolvidos, principalmente nos casos impossibilidade de solução consensual. Se desde logo fica afastada do espírito dos genitores a conformação com eventual decisão diversa dos interesses individuais perseguidos na judicialização do pleito de guarda unilateral, imagine-se a convivência com eventual ordem de compartilhamento.

---

[1] Área Cível e Especializada – Gestão de conflitos e paz social;

[2] Promotor de Justiça de Entrância Final lotado na 4ª Promotoria de Justiça de Cascavel, sediada no Edifício do Fórum da Justiça Estadual: Avenida Tancredo Neves, nº 2320, CEP 85805-000 - telefone 3226-5500 (ramal 219) – email: lmsouza@mp.pr.gov.br.

[3] Art. 45. A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando.
(...)
Par. 2º. Em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, será também necessário o seu consentimento.

Objeto desse estudo não é a dimensão, em si, do compartilhamento, tampouco dos motivos que convenceram o legislador a aprovarem a alteração do Código Civil. Também não se presta ao estudo das formas, métodos e técnicas de compartilhamento que podem ser inspirados pela tradição jurídica alienígena.

Muito antes, e particularmente, nesses primeiros momentos do instituto é imprescindível questionar o papel do Ministério Público, a função do Promotor de Justiça no exercício do múnus fiscalizatório, em defesa da ordem jurídica, da dignidade das pessoas, dos interesses sociais e individuais indisponíveis envolvidos.

Como mitigar o conflito, em favor da paz social, e da manutenção dos laços familiares? Admitir a guarda compartilhada apenas nas hipóteses de consenso das partes? Privilegiar a crença leiga de que os filhos devem ficar, preferentemente, com a mãe? Incentivar o descompromisso paterno, muitas vezes em favor da alienação parental? Permitir que os filhos sejam ouvidos em Juízo, como se tal opção pudesse ser exercitada livremente, sem prejuízo dos laços afetivos? Satisfazer-se com testemunhos, ou com relatórios de situação socioeconômica? As respostas a esses questionamentos, que se pretende lançar apenas para contribuir em favor da discussão, é que motiva a elaboração deste artigo.

DESENVOLVIMENTO:

1) Evolução legislativa acerca da proteção dos filhos

O desenvolvimento do tema proposto não prescinde do registro, mesmo que breve, da evolução legislativa do instituto da guarda de filhos de pais detentores do poder familiar. Logo, não interessa, para este trabalho, a guarda como forma de colocação em família substituta em razão de situação de risco, regulada hodiernamente pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) e, no passado, pelo Código de Menores (Lei nº 6.697/79).

O primeiro estatuto civil da república brasileira, introduzido pela Lei nº 3.071/16, deu ao homem o poder-dever de cabeça do casal[4], seguindo a tradição jurídica de inspiração religiosa então preponderante. Destaca-se que o poder familiar era exercido com exclusividade pelo homem, prevalecendo a vontade paterna no consentimento para casamento de filho incapaz; a mãe perdia o poder familiar dos filhos do "leito anterior" se contraísse novas núpcias[5].

Somente em 1962 – há menos de meio século – a mulher conseguiu dar o primeiro passo legislativo de conquista efetiva da igualdade formal, que era prevista constitucionalmente desde 1824, mas só foi materializada na esfera civil com o denominado Estatuto da Mulher Casada.

Dessa Lei nº 4.121, em relação aos filhos, se destaca a alteração da redação do art. 393, do Código Civil de 1916, que expurgou do ordenamento pátrio a perda do poder familiar feminino em caso de novas núpcias; também, a alteração do art. 326, par. 1º, que deu preferência de guarda para a mãe em caso de culpa recíproca pelo desquite.

Em 1977, a Emenda Constitucional nº 9 (nove) inaugurou a via para construção dos novos arranjos familiares, possibilitando o divórcio no Brasil, acabando com a indissolubilidade do casamento.

A Lei nº 6.515, de 1977 (LDi), regulamentou os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento. Destacam-se as seguintes disposições em relação à proteção dos filhos:

a) ficavam sob a guarda do cônjuge inocente (art. 10, *caput*);

b) ficavam sob a guarda da mãe, em caso de culpa recíproca (art. 10, par. 1º);

c) ficavam sob a guarda do cônjuge com quem estavam ao tempo da ruptura da vida em comum (art. 11);

d) ficavam com o cônjuge que estivesse "em condições de assumir, normalmente, a responsabilidade de sua guarda e educação" (art. 12);

e) ficavam sob a guarda de pessoa "notoriamente idônea", da família de qualquer dos cônjuges, se verificado que não devessem permanecer com os pais (art. 10, par. 2º);

Nada obstante, todas essas possibilidades eram relativas porque, havendo "motivos graves" e "a bem dos filhos", o Juiz poderia regular de outra forma a relação dos filhos com os pais, diversa das hipóteses elencadas (art. 13).

Com a Constituição Cidadã, de 1988, restou proclamada a co-responsabilidade do homem e da mulher na manutenção da sociedade conjugal, e o dever dos pais de assistir, criar e educar os filhos menores[6].

Nada obstante, apenas em 2002, o Código Civil restou conformado à nova ordem constitucional.

Ficou positivado, por isso, que o poder familiar deve ser exercido pelos pais conjuntamente, cabendo ao Judiciário a solução de eventual desacordo[7].

Agora, em 2008, a Lei nº 11.698, positivou a guarda compartilhada; os artigos 1.583 a 1.590, do Código Civil, vigentes há pouco mais de meio ano, desafiam os operadores do Direito.

---

[4] art. 233, Código Civil de 1916.

[5] artigos 380, 186 e 393, respectivamente, do Código Civil de 1916.

[6] art. 226, par. 5º, e 229, da Constituição Federal.

[7] art. 1.631, Código Civil de 2002.

Se já não era simples compreender qual dos pais apresentava as "melhores condições" para o exercício da guarda exclusiva, e convencer as partes, pela fundamentação da sentença, de que a decisão era a mais justa e adequada ao caso concreto, de forma a não só entregar a prestação jurisdicional, mas promover a pacificação do conflito familiar em benefício da paz social, imagine-se agora, que a apreciação dessas condições devem se dar, preferencialmente, em favor do compartilhamento.

2) A guarda compartilhada

Analisando detidamente o art. 1.583, do Código Civil, vislumbra-se que a guarda atribuída a um só dos genitores, de forma exclusiva, não é novidade, a não ser pelo fato de ter sido denominada "unilateral"; inclusive se atribuída a pessoas diversas dos genitores (art. 1584, par. 5º), como já era possível anteriormente. Também era possível que o Juiz regulasse a situação de pais e filhos de maneira diferente, "havendo motivos grades" e "a "bem dos filhos" (art. 1.586). Ainda, a perda do poder familiar depende de procedimento adequado (art. 1.588)

Também não é novidade que a guarda unilateral deva ser atribuída ao genitor que revelar melhores condições para o exercício do múnus, embora tenha restado positivado que os seguintes fatores objetivos devem preponderar: afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; saúde e segurança; e educação (art. 1.583, par 2º).

Os direitos do genitor que não detiver a guarda unilateral, de visita e companhia, e de fiscalização da manutenção e da educação, estabelecidos pela Lei do Divórcio (art. 15, LDi), foram reafirmados pelo art. 1.589; mas o dever de supervisão é novidade (art. 1.583, par. 3º), e assunto para outra investigação.

Importa para este estudo a guarda compartilhada propriamente dita, que ficou assim definida pela parte final, do primeiro parágrafo, do art. 1.583: "*por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.*"

Desde logo importante anotar que não se vislumbra na dicção legal a necessidade de compartilhamento da companhia física, na divisão do tempo de convivência do filho com ambos os pais, de forma que permaneça a mesma quantidade de tempo com um e outro, em lares distintos.

O que o legislador estabeleceu foi que o compartilhamento implica em "responsabilização conjunta" no exercício dos direitos e deveres. E quais são esses direitos e deveres? Aqueles decorrentes do poder familiar, a saber:

> Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:
> I - dirigir-lhes a criação e educação;
> II - tê-los em sua companhia e guarda;
> III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
> IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivo não puder exercer o poder familiar;
> V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
> VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
> VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Logo, o que se buscou foi garantir a presença de ambos os pais, constantemente na vida do filho, em benefício deste, como não poderia deixar de ser.

Vislumbra-se que muito além de possibilitar instauração de conflitos em torno da manutenção da companhia física do filho, o legislador buscou ampliar a responsabilidade dos pais no cotidiano, da mesma forma que seria exigível se houvesse coabitação.

O dispositivo viabiliza o dever familiar de assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à convivência familiar. Obviamente, se ambos os pais prezarem pela saúde, pela educação, pelo lazer, pela cultura, e acima de tudo pelo afeto, tão caro às relações familiares, os filhos estarão em condições suficientes para saudável desenvolvimento físico-psíquico, reduzindo-se os impactos da ausência da coabitação dos genitores; afastando-se, inclusive, eventual alienação parental.

A evolução do direito nesta área tão sensível impõe a humanização das relações interpessoais, que não pode ser negligenciada pelo Estado.

A evolução da sociedade, que materializou a igualdade formal entre homens e mulheres, em menos de meio século, exige os melhores esforços dos operadores do Direito na manutenção dos laços afetivos entre pais e filhos, posto não ser novidade que o afeto é princípio metajurídico norteador de qualquer interpretação em Direito de Família.

A mulher e os filhos não são objetos há tempo, e não se pode mais admitir que o pai fique ausente da vida do filho porque se desincumbe de seus deveres alimentando a prole. Não, com certeza não é essa via que deve

nortear o homem na manutenção da família que não se sustenta mais só de recursos materiais, e também não se extingue com o desafeto dos pais; antes, deve se sustenta pelo amor recíproco dos e para os filhos.

Não se vislumbra que esse primeiro momento seja oportuno para especulações acerca do alcance científico dos termos utilizados pelo legislador, quando a *mens legis* se mostra evidente.

Trata-se, efetivamente de guarda que se compartilha, porque todos os momentos são partilháveis, ou compartilháveis. Logo, mesmo em momentos de visitas os pais partilham a companhia do filho, com quem compartilham a companhia quando estão juntos.

A discussão não pode se limitar à questão temporal, até porque muitas vezes nem pais que coabitam conseguem compartilhar eficientemente a companhia física dos filhos, e nem por isso se pode imaginar que não exercem a guarda dos mesmos, ou que apenas exercitem direito de visitas. Não, efetivamente o tempo de contato físico, embora importante, não se vislumbra seja o cerne da guarda compartilhada que o legislador pretendeu legar à sociedade brasileira.

Talvez fosse mais sugestivo o termo "guarda alternada" se, efetivamente, os filhos pudessem ser colocados, alternadamente, na casa de ambos os genitores; e isso não está inviabilizado, *a priori*.

Trata-se por certo, de atribuição de prerrogativas, tanto que a Lei estabeleceu claramente que a alteração ou descumprimento imotivado de cláusula de guarda poderá implicar na "redução de prerrogativas" do detentor, seja exclusivo ou compartilhado, "inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho" (art. 1.584, par. 4º, CC).

Logo não se trata puramente de atribuições, como aquelas menos complexas que vigiam antes do advento da nova Lei; tanto assim que, como restou registrado, nos casos de inviabilidade da guarda compartilhada, o genitor que não detiver a guarda exclusiva terá direito de visita e companhia garantido, como direito e dever de supervisionar os interesses dos filhos - todos os interesses (art. 1.583, par. 3º, c.c. 1.589, CC).

O que importa é que não se poderá mais negar a possibilidade jurídica de pedidos de compartilhamento de guarda, embora se saiba que tal pedido não era defeso pela legislação anterior, e a moderna orientação do Superior Tribunal de Justiça acabaria suplantando a corrente resiste que não admitia a possibilidade jurídica de pedidos que não enfrentavam vedação legal.

Mais do que isso, importa estabelecer o debate em favor do novel instituto. Se o tempo indicar que o nome é inapropriado, a via legislativa é adequada para as correções de rumo, porque a sociedade evolui e o Direito se constrói nos fatos sociais, como fato social é a família contemporânea em seus diversos arranjos, a igualdade de direitos e deveres dos pais, e a necessidade de convivência de pais e filhos em respeito mútuo.

3) A função do Ministério Público nos conflitos de guarda

O ponto nevrálgico deste estudo está localizado no art. 1.584, do Código Civil. Obviamente, não reside na hipótese de consenso dos genitores, nada obstante o dever geral de cautela possibilite ao Juiz negar homologação ao acordado quando verificar que os filhos devam ser confiados a guarda de terceiros (art. 1.584, par. 5º). Isso não é novidade, nem objeto da investigação.

O problema se apresentará quando, sem acordo, o Juiz tiver que resolver o conflito instalado pelos genitores, estabelecendo a guarda unilateral para aquele que demonstrar as melhores condições, conforme já registrado, ou aplicar o compartilhamento.

A resistência à fixação judicial do compartilhamento não é nova, e há tempo ecoam vozes defendendo que a guarda compartilhada só pode ser fixada consensualmente, em razão da necessidade de diálogo minimamente harmônico entre os genitores.

Não se vislumbra que a via litigiosa seja óbice ao exercício da função jurisdicional do Estado. Tanto assim que sob a égide da legislação anterior os conflitos de guarda não se resolviam com a decisão judicial e, muitas vezes, se acirravam com a sentença, amplificando a angústia da separação dos genitores. Os filhos, primeiramente, perdiam os pais entre si sem que pudessem fazer nada e, na seqüência, perdiam um deles, quando não os dois, para o poder do Estado. Conflitos acerca do exercício do direito de visitas também não se resolviam com diálogo simplesmente.

O Estado-Juiz deve estar à disposição dos genitores para solução dos conflitos decorrentes do exercício do poder familiar, não é de hoje, e a guarda é apenas uma parte desse poder-dever familiar, embora, e geralmente, o maior causador de conflitos, e nem sempre pelo interesse dos filhos, sabemos – muito mais pelo desejo de vingança dos genitores, em razão do afeto negado.

Nada obstante, o art. 1.584, par. 2º, do Código Civil, estabelece que na ausência de acordo a guarda compartilhada será aplicada "sempre que possível".

Vislumbra-se, da dicção legal, que a impossibilidade deve ser fundamentada antes da análise das melhores condições para a guarda exclusiva. Com efeito, a sentença que nega pedido de compartilhamento deve demonstrar para o jurisdicionado a motivação da inviabilidade da guarda compartilhada e, somente depois, passar a análise das condições objetivas que permitam a fixação da guarda exclusiva para um dos genitores, ou até para terceiro.

Logo, a guarda compartilhada foi instituída preferencialmente na legislação brasileira.

Assim sendo, cabe ao Ministério se desincumbir de seu múnus constitucional promovendo o novel instituto, parte da ordem jurídica extremamente cara à proteção integral dos direitos das crianças e adolescentes estabelecida em favor de interesses sociais e individuais indisponíveis, do estado democrático de direito brasileiro.

A conjugação do disposto nos artigos 127 e 227, da Constituição Federal, oneram positivamente os Promotores de Justiça que exercem atribuições junto aos Juízos de Família (art. 82, I e II, CPC).

Mais do que atuar na promoção da ordem jurídica, é dever do agente ministerial atuar em benefício da dignidade (art. 1º, III, CF) dos envolvidos nos conflitos. A dignidade dos filhos de pais que não coabitam passa necessariamente pela proteção da exposição em Juízo.

Para tanto, e preliminarmente, há que se promover a difusão social da igualdade de direitos e deveres dos genitores, em favor da desmistificação de que à genitora cabe, preferentemente, a guarda dos filhos. Principalmente nesses tempos, nos quais a perquirição de eventual culpa pela separação em nada afeta a relação de pais e filhos. Ademais, incentivar o descompromisso paterno é prática que deve ser superada, inclusive para afastamento de eventual alienação parental do genitor ausente da vida dos filhos, em benefício de terceiro presente em decorrência da realidade da família eudemonista.

Também, não se pode conceber que uma criança, ou mesmo adolescente, seja Juiz de seu próprio destino. Permitir que os filhos "decidam" com querem ficar em processos de dissolução familiar atenta não só contra a dignidade dos incapazes, mas contra a dignidade dos pais, da família, da própria sociedade. Imagine-se frente ao Juiz, o Promotor, o Escrivão, os Advogados, provavelmente pessoas que nunca tinha visto antes, declarando a opção por quem se "ama mais", se é possível ao filho ou aos pais, expressarem valoração maior de amor do que a própria natureza lhes impõe.

A aquiescência com a oitiva dos filhos em Juízo é medida que privilegia o conflito familiar. Logo, o primeiro dever do Promotor de Justiça é de manifestar contrariedade à inquirição dos incapazes em Juízo. Se, absolutamente imprescindível, que seja realizado por profissionais de detenham conhecimento técnico suficiente para esclarecer quais os motivos da opção momentânea.

Também não se vislumbra suficiente para a fixação da guarda compartilhada testemunhos. Raramente as testemunhas conseguem informar ao Juízo acerca de todas as dimensões envolvidas na solução da lide; e parentes não testemunham, mas apenas informam, e não raras vezes, com os mesmos interesses revelados nos depoimentos pessoais dos genitores.

Os relatórios de situação socioeconômica, embora úteis, não costumam oferecer ao Juízo sequer informações acerca das condições objetivas estabelecidas para análise das melhores condições para a guarda unilateral (art. 1.583, par. 2º, CC). Quanto contribuirão para a fixação da guarda compartilhada?

Por fim, não se vislumbra adequado negar o compartilhamento por ausência de elementos informadores das necessidades específicas do filho, ou do tempo necessário para o convívio com ambos os genitores (art. 1.584, II, CC).

O conflito gerado pelos genitores, embora inafastável, não pode ser transferido aos filhos. É dever do Ministério Público atuar na mitigação desses conflitos. E isso se viabiliza pela zelosa intervenção na instrução do feito, sem prejuízo da constante tentativa de conciliação.

Com vista dos autos depois das partes, o Promotor de Justiça deverá requerer a produção a produção de provas técnicas necessárias ao mais eficiente estabelecimento de atribuições e melhor distribuição do tempo de convívio dos filhos com ambos os pais (art. 83, CPC, c.c. 1.584, par. 3º, CC).

Vislumbra-se que peritos em psicologia, psiquiatria, pediatria, pedagogia, assistência social, dentre tantos, sejam indispensáveis nos casos concretos que se apresentarão cotidianamente.

Os operadores desse ramo do direito não podem prescindir da orientação técnica adequada (art. 145, CPC), inclusive em formação de equipe multidisciplinar, conforme expressamente previsto no art. 1.584, par. 3º, do Código Civil.

As custas da perícia não são óbice à produção da prova (art. 27, CPC), principalmente porque nos Juízos de Família sobejam beneficiários da assistência judiciária gratuita (art. 3º, V, Lei nº 1.060/50).

Vislumbra-se, do exposto, que a atuação do Ministério Público da forma proposta, norteada pela promoção dos interesses sociais e individuais indisponíveis envolvidos, é instrumento eficiente na gestão dos conflitos do Juízo de Família, independentemente da atuação dos interessados e do eventual impulso oficial do Poder Judiciário.

Não bastasse, é evidente que se trata de atuação em benefício da paz social.

CONCLUSÃO:

A intervenção dos Promotores de Justiça com atribuições junto aos Juízos de Família, requerendo prova pericial para orientação técnico-profissional ou de equipe multidisciplinar, é medida que contribui para a gestão dos conflitos que envolvam guarda de filhos de genitores que não coabitam, em benefício da paz social.

005

FORMULAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, PARTICIPAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E CONTROLE JUDICIAL

Eduardo Augusto Salomão Cambi*

Promotor de Justiça de Prudentópolis/PR

Justificativas:

i) necessidade de tutelar os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988: os direitos fundamentais sociais estão previstos na Constituição, mas não encontram efetividade na prática;

ii) superação do positivismo jurídico e alternativas à crise da democracia representativa: o conceito liberal de lei e de direito está em crise, ensejando a discussão sobre quais os caminhos para aperfeiçoar a democracia brasileira;

iii) apatia social na formulação das políticas pública e gestão democrática dos recursos públicos: é comum o uso indevido do dinheiro público com gastos que não atendem o valor constitucional da dignidade da pessoa humana;

iv) democracia participativa e Ministério Público: deve o Ministério Público interferir na formulação das políticas públicas, seja participando ativamente dos respectivos Conselhos Municipais, seja no aperfeiçoamento do inquérito civil;

v) controle judicial de políticas públicas: o tema tem sido, progressivamente, levado ao Judiciário que tem buscado formas de legitimação do exercício do poder.

Introdução, na qual serão expostos o tema e a formulação das proposições a serem apresentadas:

I – Temas da exposição: i) Direitos fundamentais e cidadania; ii) Pluralismo jurídico; iii) Democracia participativa e instrumentos de participação social; iv) Ministério Público e formulação de políticas públicas; v) Controle Judicial: Mínimo existencial e reserva do possível;

II – Formulação das proposições a serem apresentadas: a) Necessidade do Ministério Público inserir-se na comunidade para instigar e contribuir na formulação das políticas públicas; b) Aperfeiçoamento dos mecanismos procedimentais de formulação das políticas públicas, para que haja gestão democrática do orçamento público; c) Maior transparência do orçamento público, desde a sua formulação, até a sua execução; d) Possibilidade do controle judicial das políticas públicas, pela verificação das condutas omissivas e comissivas da Administração Pública, tendo como padrão assegurar a garantia do mínimo existencial.

Desenvolvimento da argumentação e fundamentação jurídica das proposições:

O Poder Público, geralmente, gasta mal o dinheiro público arrecadado. O orçamento é peça legislativa complexa e pouco transparente. Há pequena participação da sociedade na gestão dos recursos públicos. A participação do Ministério Público, desde a formulação das políticas públicas, legitima a sua fiscalização, inclusive judicial. Ao ajuizar ação coletiva, o Promotor de Justiça não se vale de compreensões pessoais para dizer como e onde os recursos públicos devem ser destinados. Ao promover o debate público, nos Conselhos Municipais respectivos

* Endereço completo para correspondência, telefones de contato e e-mail: Travessa Wilson José Koupack, n. 144 – Fórum – Prudentópolis-PR; (42) 3446-1868 e (41) 9217-1234; eduardocambi@hotmail.com.

ou durante audiências públicas, nos inquéritos civis, a atuação do Ministério Público se legitima socialmente e cria as condições necessárias para a fiscalização judicial do comportamento dos governantes.

Os direitos fundamentais, previstos na Constituição Federal de 1988, reclamam maior *efetividade*[1]. A consolidação do Estado Social, em países da periferia do capitalismo, exige a concretização dos direitos fundamentais sociais e, para tanto, das políticas públicas indispensáveis à sua realização. Neste sentido, é preciso revisar parcela significativa da doutrina e da jurisprudência que, baseadas no princípio da separação dos poderes e na discricionariedade administrativa, restringem o alcance do controle judicial de políticas públicas (*v.g.*, por intermédio da interposição de ação civil pública), impedindo a discussão sobre a destinação específica de recursos públicos, sob o fundamento da *impossibilidade jurídica* da demanda[2-3]. A categoria da "impossibilidade jurídica do pedido" não pode ser utilizada para fortalecer o *formalismo processual*. Isto é, ao se conferir racionalidade extrema às formas processuais, acaba-se por cultuar excessivamente aspectos procedimentais, fazendo prevalecer regras processuais sobre o direito material e, com isto, elaborando modelo processual que se desvirtua quanto ao seu fim precípuo de instrumento destinado a efetivar direitos e, por isto, incapaz de tutelá-los.

O desenvolvimento da cidadania ativa e solidária vai além da indispensável atuação do Estado na formulação de políticas públicas e na implementação de direitos sociais. Para a efetiva realização destes direitos, é preciso combater a falta de *socialidade*, instaurando uma *nova subsidiariedade social*, mediante a cumplicidade entre entes públicos e as instituições da sociedade civil. Tal perspectiva poderia dar novo sentido ao discurso dos direitos fundamentais sociais, diminuindo a burocracia estatal para melhor reestruturar os serviços voltados às prestações sociais.

Os direitos fundamentais sociais, para serem efetivados, dependem de *políticas públicas*[4]. Não basta o reconhecimento formal dos direitos fundamentais; imprescindível existir meios para concretizá-los[5]. Os direitos fundamentais são realizados a partir de um *conjunto de atividades* – denominado de *políticas públicas* – que devem ser realizados pela Administração Pública, para que os fins previstos na Constituição sejam cumpridos[6]. Em sentido amplo, o termo *políticas públicas* abrange a *coordenação* dos meios à disposição do Estado, para a harmonização das atividades estatais e privadas, nas quais se incluem a prestação de serviços e a atuação normativa, reguladora e de fomento, para a realização de objetivos politicamente determinados e socialmente relevantes[7].

---

[1] É importante distinguir a *eficácia* da *efetividade* das normas. A *eficácia* diz respeito à concretização do "programa condicional", isto é, do vínculo "se-então", abstrata e hipoteticamente previsto na norma legal. Já a *efetividade* concerne à implementação do "programa finalístico" que orientou a atividade legislativa ou a concretização do vínculo "meio-fim" que decorre, abstratamente, do texto legal. Por exemplo, uma lei, destinada a combater a inflação, será *efetiva*, quando a inflação for reduzida, relevantemente, por força da sua *eficácia* (observância, aplicação, execução, uso). A mesma lei pode ter *eficácia sem efetividade* (*v.g.*, a lei ser observada, mas não gerar nenhuma modificação significativa no aumento dos preços) ou ter *eficácia e ser antiefetiva* (*v.g.*, ser observada, mas provocar alta de preços). Com efeito, "eficácia" e "efetividade" são conceitos relativos e graduais: há falta de vigência social da lei ou de carência de normatividade do texto legal, quando as expectativas normativas das pessoas e dos órgãos estatais, de forma generalizada, não se orientam pelos dispositivos legais. Cfr. Marcelo Neves. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Pág. 47-48.

[2] *"É bastante freqüente serem ajuizadas ações civis públicas em face de um ente estatal qualquer que signifiquem, na prática, a imposição de um ente estatal qualquer que signifiquem, na prática, a imposição de uma destinação específica dos recursos públicos. Assim, muitas vezes os autores dessas demandas coletivas, com pretextos dos mais variados, pretendem invadir o campo da discricionariedade administrativa. Nesses casos, a demanda será juridicamente impossível"* (Pedro da Silva Dinamarco. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001. Pág. 190).

[3] Nesse sentido, já decidiu o STJ: i) *"Administrativo. Processo civil. Ação civil pública. (...). 2. Impossibilidade do juiz substituir a Administração Pública determinando que obras de infra-estrutura sejam realizada em conjunto habitacional. Do mesmo modo, que desfaça construções já realizadas para atender projetos de proteção ao parcelamento do solo urbano. 3. Ao Poder Executivo cabe a conveniência e a oportunidade de realizar atos físicos da Administração (construção de conjuntos habitacionais, etc.). O Judiciário não pode, sob o argumento de que está protegendo direitos coletivos, ordenar que tais realizações sejam consumadas. 4. As obrigações de fazer permitidas pela ação civil pública não têm força de quebrar a harmonia e independência dos Poderes. 5. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário está vinculado a perseguir a atuação do agente público em cabo de obediência aos princípios da legalidade, da moralidade, da eficiência, da impessoalidade, da finalidade e, em algumas situações, o controle de mérito. 6. As atividades de realização dos fatos concretos pela administração depende de dotações orçamentárias prévias e do programa de prioridades estabelecidos pelo governante. Não cabe ao Poder Judiciário, portanto, determinar as obras que deve edificar, mesmo que seja para proteger o meio ambiente"* (REsp. n. 169.876-SP – 1ª T. – rel. Min. José Delgado – j. 16.06.1998 – pub. DJU 21.09.1998, pág. 70); ii) *"Constitucional – Administrativo – Ação civil pública – Poder discricionário da Administração – Exercício do juiz – Impossibilidade – Princípio da harmonia entre os poderes. O juiz não pode substituir a Administração Pública no exercício do poder discricionário. Assim, fica a cargo do Executivo a verificação da conveniência e da oportunidade de serem realizados atos de administração, tais como, a compra de ambulâncias e de obras de reforma de hospital público. O princípio da harmonia e independência entre os Poderes há de ser observado, ainda que, em tese, em ação civil pública, possa o Município ser condenado à obrigação de fazer"* (AGREsp. n. 252.083-RJ – 2ª T. – rel. Mina. Fátima Nancy Andrighi – j. 27.06.2000 – pub. DJU 26.03.2001, pág. 415).

[4] Cfr. José Joaquim Gomes Canotilho. *Tribunal constitucional, jurisprudências e políticas públicas. Cit.*

[5] Cfr. Américo Bedê Freire Junior. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: RT, 2005. Pág. 48.

[6] Cfr. Ana Paula de Barcellos. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista Diálogo Jurídico*, vol. 15, jan.-mar 2007. Pág. 11.

[7] Cfr. Ana Paula de Barcellos.Constitucionalização de políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. Cit. Pág. 112.

A democracia participativa pode ser exercida na formulação de políticas públicas. Neste sentido, ganham importância os *órgãos legislativos anômalos*, como os Conselhos Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente (art. 88, inc. II, da Lei 8.069/90) e o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Lei 8.242/91), o Conselho Nacional dos Direitos do Idoso (art. 2º, inc. VII, do Decreto Presidencial n. 5.019/2004), o Conselho Nacional de Assistência Social (art. 18 da Lei 8.429/92), o Conselho Nacional de Educação (art. 1º da Lei 9.131/95) e de Saúde (art. 1º, par. 2º, da Lei 8.142/90). Por exemplo, pela Resolução n. 119, de 11.12.2006, o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente aprovou o SINASE (Sistema de Atendimento Sócio Educativo), conjunto de políticas públicas e sociais destinadas à inclusão do adolescente em conflito com a lei. Neste sentido, dentre as deliberações da VII Conferência Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, realizada em Brasília, entre os dias 03 e 06 de dezembro de 2007, encontra-se a de *"garantir recursos para a implementação e reordenamento físico e pedagógico do atendimento socioeducativo em regime de semiliberdade com base nos princípios e diretrizes do SINASE, garantindo equipes multidisciplinares"*.

O Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001) também regulamentou, exaustivamente, a questão da democracia participativa, prevendo já em seu artigo 2º, inciso II, entre as diretrizes gerais da política urbana, a *gestão democrática* por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano. Na gestão democrática da cidade, podem ser utilizados, dentre outros, os seguintes instrumentos (art. 43): i) órgãos colegiados de política urbana, nos níveis nacional, estadual e municipal; ii) debates, audiências e consultas públicas; iii) conferências sobre assuntos de interesse urbano, nos níveis nacional, estadual e municipal; iv) iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano. Quanto à *gestão orçamentária participativa* (arts. 4º, inc. III, letra "f" e 44), devem ser incluídas a realização de debates, audiências e consultas públicas sobre as propostas do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, como condição obrigatória para sua aprovação pela Câmara Municipal. Ainda, prevê o artigo 45 que os organismos gestores das regiões metropolitanas e aglomerações urbanas incluirão obrigatória e significativa participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade, de modo a garantir o controle direto de suas atividades e o pleno exercício da cidadania.

As decisões dos Conselhos, aliada a outros mecanismos de democratização (como a *gestão orçamentária participativa* e as audiências públicas), vinculam à Administração Pública, sendo importante mecanismo de descentralização administrativa, obrigando ao Poder Executivo a incluir na lei orçamentária anual as verbas necessárias ao atendimento do programa proposto, com a indicação de receita[8].

Portanto, a atuação destes Conselhos na formulação de políticas públicas permite, na recusa de cumprimento das suas deliberações, o controle judicial das atividades administrativas. Por isto, é importante que a atuação do conselho se dê de maneira independente do Poder Executivo.

Todavia, não se pode iludir que a democracia participativa é a panacéia para todos os males da democracia. A opinião pública pode ser manipulada pelos detentores do poder e, a pretexto de maior democracia, tem-se a supressão de outros importantes *espaços públicos institucionais*, como o Parlamento, onde se expressam e se chocam os interesses da maioria e da minoria. Os mecanismos de democracia participativa devem servir para aperfeiçoar a democracia representativa, e vice-versa.

Afinal, o Estado para se considerado Democrático de Direito deve não só cumprir as formalidades de representação popular na escolha do administrador público ou na formação do poder legislativo, assim como criar conselhos comunitários que não tenham voz ativa ou sejam manipulados pelos detentores do poder (democracia em sentido formal), sendo fundamental, para a existência da democracia, saber se o exercício do poder respeita e efetiva os direitos fundamentais (democracia em sentido substancial)[9].

Não é suficiente identificar quem exerce o poder (ou a função estatal), mas importante é como tal poder deve ser exercido em prol da efetivação dos direitos fundamentais. Enfim, se assim não fosse, o detentor do mandato, por ter sido escolhido pelo povo, poderia fazer o que bem entendesse, estando a força política acima da Constituição.

Por outro lado, o conceito de cidadania não se resume ao exercício do direito ao voto, não podendo o grau de desenvolvimento democrático de um país ser medido pelo número de pessoas que votam, mas com relação ao efetivo respeito aos direitos fundamentais de todas as pessoas, mesmo aquelas que não exercem o direito ao voto.

Assim, não há efetiva democracia sem a observância e a concretização dos direitos fundamentais, não podendo a atuação parlamentar ou do governante estar em desacordo com a Lei Fundamental.

A implementação judicial dos direitos fundamentais sociais e, para tanto, o controle judicial de políticas públicas deve respeitar o *princípio da subsidiariedade*. Compete ao Judiciário atuar somente como órgão de controle do Legislativo ou do Executivo, quando restar caracterizada a *atuação ou a omissão inconstitucionais*,

---

[8] Cfr. STJ - Recurso Especial n. 493.811-SP - 2ª T. – rel. Min. Eliana Calmon – j. 11.11.2003 – pub. DJU 15.03.2004, pág. 236.

[9] Cfr. Norberto Bobbio *Dicionário de Política*. Vol. I. Cit. Pág. 319-329; Cláudia Derani. Direitos fundamentais e democracia. Cit. Pág. 62.

isto é, quando estes poderes frustrarem a missão constitucional de implementação dos direitos fundamentais sociais[10].

Além disso, as ações judiciais voltadas ao controle de políticas públicas encontrarão, não raro, um Judiciário não bem estruturado para lidar com a avaliação adequada dos gastos públicos. Processos de maior complexidade tendem a ficar paralisados por tempo superior ao normal. Logo, incumbir o Judiciário de controlar políticas públicas, se não acompanhada de estrutura técnica capaz de auxiliar o órgão julgador a decidir, poderá redundar na previsão de mecanismos de controle meramente simbólicos, sem qualquer eficácia, aumentando o descrédito da população em relação ao sistema judiciário. Assim, o acesso ao Judiciário deve ser subsidiário, também no sentido de se aprimorar as demais formas de controle existentes, a começar pelos Tribunais de Contas. Estes Tribunais, normalmente, contam com estrutura técnica capaz de conduzir investigações adequadas, mas que, em razão da escolha de seus conselheiros, por critérios meramente políticos, acabam por desvirtuar a atuação desses Tribunais, a fim de deliberar a favor ou contra determinados governos ou de fazer prolongar as investigações para além do mandato dos agentes públicos examinados, frustrando as expectativas dos governados[11]. A maior independência do Tribunal de Contas começa pela revisão das nomeações, meramente, políticas, podendo-se sugerir, inclusive, que tal órgão passe a funcionar, mais direta ou indiretamente, ligado ao Ministério Público, a quem incumbe, constitucionalmente, a defesa do patrimônio público (art. 127 e 129, inc. III, CF).

Conclusão ou conclusões que tenham pertinência com o conteúdo desenvolvido:

a) A maior participação na formulação das políticas públicas dá maior legitimidade à atuação do Ministério Público, que deve também contribuir para a instalação e o regular funcionamento dos conselhos de políticas públicas, naqueles locais em que ainda não existam, além de orientar, quando solicitado e entender cabível, a respectiva atuação;

b) A gestão democrática do orçamento público facilita a defesa da garantia do mínimo existencial, da tutela dos direitos fundamentais sociais e, conseqüentemente, do controle judicial das políticas públicas.

Referências bibliográficas e jurisprudenciais:

Doutrina básica:

APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista Diálogo Jurídico*, vol. 15, jan.-mar 2007.

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: RT, 2005.

DIAS, Jean Carlos. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Método, 2007.

Jurisprudência:

STJ - Recurso Especial n. 493.811-SP - 2ª T. – rel. Min. Eliana Calmon – j. 11.11.2003 – pub. DJU 15.03.2004, pág. 236.

STF - ADPC 45 – MC/DF – rel. Min. Celso de Mello - j. 29.04.2004 - pub. DJU 04.05.2004.

STF - RE 410.715/SP - 2ª T. - rel. Min. Celso de Mello – j. 22.11.2005 – pub. DJU 03.02.2006, pág. 76.

---

[10] Esta é a posição que foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal, na ADPC 45 – MC/DF (j. 29.04.2004 e pub. DJU 04.05.2004), cujo relator Min. Celso de Mello sustentou: *"É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (José Carlos Vieira de Andrade, 'Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976', p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático"*. Neste sentido, ensina Cristina Queiroz: *"É certo que na concretização dos direitos fundamentais sociais o legislador detém a precedência, ainda que sob controle dos tribunais de justiça constitucional. De contrário, ao negar a participação dos tribunais e do poder judicial, os direitos quedariam como 'normas programáticas', simples 'programas políticos', 'apelos ao legislador', sem qualquer grau de vinculatividade jurídica. O que se afirma não é que os tribunais devam 'concretizar' direitos, mas apenas que esses direitos devem ser reconhecidos um determinado nível de justiciabilidade, e não apenas em situações mínimas de extrema necessidade. Ao mesmo tempo ao órgão de controle exige-se-lhe que respeite as 'decisões razoáveis' tomadas pelos órgãos politicamente conformadores. Assim o exige o princípio do 'Estado de Direito' e o princípio da 'separação dos poderes'"* (*Direitos fundamentais sociais. Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Cit. Pág. 153). Do mesmo modo, assevera Jean Carlos Dias: *"é certo que não se pretende que o Judiciário assuma a função de protagonista absoluto, representando uma tirania de juízes, mas sim que seja um efetivo contrapeso à função desempenhada pelos demais poderes, considerando os direitos fundamentais que os cidadãos possuem"* (*O controle judicial de políticas públicas*. Cit. Pág. 135).

[11] Cfr. Ana Paula de Barcellos. Constitucionalização de políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. Cit. Pág. 128-142 e 141.

008

A BUSCA DA FELICIDADE: UM OUTRO OLHAR PARA A MISSÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Antonio Ozório Leme de Barros*

Promotor de Justiça/SP

RESUMO: 1. Introdução. 2. Conceito de felicidade. 3. Indicadores econômicos e indicadores sociais. 4. O Reino do Butão e a proteção constitucional da busca da Felicidade Nacional Bruta. 5. A felicidade no âmbito da ordem jurídica brasileira. 6. O Ministério Público e a busca da felicidade. 7. Propostas.

1. Introdução

Não há, possivelmente, desejo mais comum, entre os seres humanos, do que o de alcançar a felicidade.

É razoável afirmar-se, também, que, provavelmente, a totalidade das pessoas, satisfeitas as suas necessidades básicas – para o que atuam as reações instintivas –, orienta o curso da sua existência mediante um conceito próprio de felicidade: de um modo ou de outro, todos querem ser felizes.

Mas o que é felicidade? Trata-se de algo tangível, mensurável e delimitável? Cuida-se de algum estado físico e mental dependente da agregação de fatores materiais? Ou é algo cujo alcance demanda a presença apenas de fatores imateriais? A felicidade se associa ao prazer, à paz ou ao amor? O seu atingimento exige atividade, disciplina, constância nas condutas? Ou, contrariamente, decorre do repouso e da ausência da ordem?

Bem se vê que é tarefa hercúlea buscar-se uma definição de felicidade; no entanto, se tivermos em conta o fato de que a ideia de conquista da felicidade – ainda que indiretamente referida por meio de expressões como "bem-estar", "qualidade de vida", "paz social", "segurança pública", "harmonia familiar", etc. –, além do papel que representa para o projeto de realização existencial das pessoas, repousa como princípio que informa os sistemas jurídicos, perceberemos a necessidade de estabelecer alguns marcos que possam, ao menos, servir como referências materiais e imateriais para a sua busca; afinal, a construção de uma existência feliz se configura como um dos direitos humanos de maior relevância, subjacente ao conjunto dos direitos enunciados pela *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948; como bem observou Patrizia Piozzi, Mestre e Doutora em Filosofia e professora da Faculdade de Educação da Universidade Estadual de Campinas, "é possível redescobrir nela [na Declaração] não apenas um documento histórico datado, ou mais uma versão da inatingível Utopia, mas um manifesto político em prol de uma vida universal digna, livre e, porque não, feliz. Invenção do século XVIII no diagnóstico de Saint-Just, a felicidade pode novamente ser reinventada, apesar daqueles que se empenham repetidamente em 'desinventá-la'."[1]

Vale registrar que essa declaração tem, pelo menos, duas importantes fontes inspiradoras, nas quais o direito de busca da felicidade se acha expressamente mencionado; a primeira delas, a *Declaração de Direitos da Virgínia* (aprovada em 12 de junho de 1776), dispõe, no seu artigo 1º, que "todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos que lhes são inerentes, dos quais, ao passar a viver em sociedade, não poderão, nem eles nem seus descendentes, por nenhum ajuste, ser despojados, a saber, o de gozar a vida e a liberdade, na posse dos meios para adquirir e manter propriedade, e o de buscar e conquistar felicidade e segurança"[2]; por seu turno a segunda, a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* (votada em 26 de

* Ministério Público do Estado de São Paulo. E-mail: ozoriolb@globo.com.

[1] PIOZZI, Patrizia. *A reinvenção da felicidade: uma breve nota sobre o cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Educação e Sociedade, vol. 19, nº 65, Campinas, dez/1998. Disponível na página <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-73301998000400007> Acesso em 15 de junho de 2009.

[2] Cf. <http://www.constitution.org/bor/vir_bor.htm> Acesso em 17 de junho de 2009. (T. do A.)

agosto de 1789 pela Assembleia Nacional da França), estabelece, no seu preâmbulo, que a exposição dos "direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem" ali se dá para que, entre outras finalidades, "as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, estejam sempre voltadas para a preservação da Constituição e para a felicidade geral."[3]

Ao se ter em vista que o Direito é, em sua essência, instrumento de pacificação social e ferramenta para a solução dos conflitos humanos, haverá de se perceber a sua orientação teleológica para a construção de um mundo no qual as pessoas possam ir, livremente, em busca da felicidade, quaisquer que sejam as dimensões materiais e imateriais desse sonho.

Aferir, ainda que de modo singelo, a proteção jurídica dos fatores que concorrem para o alcance da felicidade é o propósito deste trabalho; antes de se caminhar para essa etapa, será útil que se examine a conceituação de felicidade, mesmo que a ela possamos nos referir somente por aproximação, em face da evidente dificuldade de se reduzir os seus elementos construtivos a um número limitado de fatores materiais e imateriais; sem essa definição, ainda que imprecisa e incompleta, será inviável estabelecer-se um balizamento de tal proteção, que permita a identificação de direitos e deveres das pessoas e o papel do Estado nesse processo.

2. Conceito de felicidade

Segundo o sociólogo e psicólogo social Ruut Veenhoven, que leciona *Condições Sociais para a Felicidade Humana* na *Erasmus Universiteit Rotterdam* (Holanda), a felicidade pode ser definida como "o estágio em que uma completa avaliação que alguém faça da sua vida como um todo exibe um resultado positivo"[4]; como tal, a felicidade, consoante Veenhoven, é uma experiência que apenas criaturas dotadas de consciência podem vivenciar, tratando-se de fenômeno que não haverá de ser relacionado com condições externas particulares ou com um modo de vida[5]; não obstante as múltiplas variáveis que essa avaliação individual deve levar em consideração, duas delas, de acordo com Veenhoven, se mostram especialmente relevantes: a primeira, o "nível hedônico de afeto", que ele classifica como o *componente afetivo da felicidade*, corresponde ao grau em que a experiência afetiva é dominada pelo deleite durante um certo período[6]; a segunda, o "contentamento", por ele classificado como o *componente cognitivo da felicidade*, refere-se ao grau em que a pessoa pode perceber, de modo consciente, os seus objetivos a serem alcançados[7]; para Veenhoven, a felicidade não é necessariamente estável, visto que as pessoas podem alterar as suas posturas ao longo da vida; tampouco as avaliações da felicidade são definitivas e o seu conceito não deve ser confundido com as noções de bem-estar, qualidade de vida, disposição de ânimo, saúde mental ou ajustamento[8].

Na Antiguidade, a felicidade não se mostrava como algo atingível por meio da ação pessoal – vale dizer, do comportamento de cada um –, mas como produto da sorte e do acaso. Em acertada síntese, o historiador Darrin McMahon, da *Florida State University* (EUA), afirma que a compreensão dos gregos antigos e de boa parte do mundo da Antiguidade acerca do tema poderia ser resumida em uma frase: "a felicidade é o que acontece conosco, e não temos controle sobre isso"[9]. Essa visão começou a se modificar com uma nova abordagem trazida pelo pensamento socrático, que nos é revelado pela obra de Platão; conforme observa McMahon, "enquanto os poetas épicos e dramaturgos trágicos tinham aceitado que a felicidade humana está além da intervenção dos homens – controlada pela sorte, pelo destino ou pelos deuses –, Sócrates adotou, como ponto de partida, a pressuposição de que a felicidade está ao alcance do ser humano"[10].

Já no exame que Christopher Jamison, abade do Mosteiro de Worth (Inglaterra), faz do pensamento de Platão, verifica-se que se pode ter, numa visão primitiva, um liame que vai das necessidades básicas àquelas que serão atendidas se tivermos sorte; todavia, "na visão platônica, outra sequência de vínculos emerge: aquele que vai do desejo escolhido à ação que atende a esse desejo e à felicidade quando esse desejo é atendido"[11]; a ligação entre desejo e felicidade não dependerá, pois, da sorte, mas da ação; aduz Jamison que Platão – cujos conceitos implicam, em certa medida, um desdobramento do pensamento socrático – e os seus contemporâneos afirmavam que "todos os desejos terrenos são derivados do mundo de perfeitas ideias e que eles derivam, por fim, do desejo por perfeita bondade e perfeita beleza. Tal qual Platão conclui, em *O Simpósio*, a felicidade significa a posse do que é bom e belo"[12].

---

[3] Cf. <http://www.ambafrance.org.br/14%20julho/decldroits.html> Acesso em 17 de junho de 2009.

[4] VEENHOVEN, Ruut. *Conditions of happiness*. Boston, Kluwer Academic/Dordrecht, 1989. Sumário do capítulo 2, *Conceito de Felicidade*, disponível em < http://www2.eur.nl/fsw/research/veenhoven/> Acesso em 17 de junho de 2009. (T. do A.)

[5] VEENHOVEN, *op. cit.*, *loc cit.* (T. do A.)

[6] VEENHOVEN, *op. cit.*, *loc cit.* (T. do A.)

[7] VEENHOVEN, *op. cit.*, *loc cit.* (T. do A.)

[8] VEENHOVEN, *op. cit.*, *loc cit.* (T. do A.)

[9] MCMAHON, Darrin M. *Felicidade: uma história*. Tradução de Fernanda Ravagnani e Maria Sílvia Mourão Netto. 1ª reimpressão. São Paulo, Globo, 2007. p. 35.

[10] MCMAHON, *op. cit.*, p. 41.

[11] JAMISON, Christopher. *Finding happiness: monastic steps for a fulfilling life*. Collegeville, Liturgical Press, 2008. p. 15. (T. do A.)

[12] JAMISON, *op. cit.*, *loc cit.* (T. do A.)

Aristóteles, que examina o tema na sua *Ética a Nicômaco*, refere-se à felicidade como algo absoluto e auto-suficiente, tratando-se de atividade afeiçoada à virtude; para o Estagirita, se "a felicidade é o exercício da virtude, é razoável admitir-se que será o exercício da mais elevada virtude, e esta haverá de ser a virtude ou a excelência do que houver de melhor em nós".[13]

A ideia de que a felicidade poderia ser algo alcançável por qualquer pessoa é, entretanto, relativamente recente, derivando do avanço que o Iluminismo representou para a humanidade; em certa medida, o alvorecer do conceito moderno de democracia e a emergência de doutrinas humanistas (fundadas, inclusive, no pressuposto de que todas as pessoas seriam, desde o seu nascimento, dotadas de certos direitos, classificados como *naturais*) propiciaram o surgimento de teses que encontraram eco em documentos como a *Declaração de Direitos da Virgínia* e a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, aos quais já nos referimos.

É interessante observar o fato de que o direito de busca da felicidade, a pressupor a existência de fatores que possam concorrer para o seu alcance – como, por exemplo, a saúde, a segurança, a paz, o trabalho, a educação, a cultura, o lazer, o meio ambiente equilibrado, etc. –, desafia, de algum modo, a classificação proposta pela *teoria dos direitos fundamentais*, pois, embora possa ser agregado, sob o ponto de vista do contorno que assume a partir do século XVIII , àqueles identificados como de primeira geração – vale dizer, os direitos à vida, à igualdade e à liberdade em todas as suas dimensões (política, econômica e social) –, depende do atendimento daqueles que integram a segunda (direitos à proteção do trabalho, à seguridade social, à educação, à proteção da saúde e à habitação, entre outros) e a terceira gerações (direitos à paz universal, ao desenvolvimento sustentável e à proteção ambiental, para citar alguns).

Haverá de se ter em tela que, não obstante a visão personalíssima que cada indivíduo possa ter da felicidade, é possível estabelecer-se a necessidade, para a maioria das pessoas, da presença de fatores *materiais* (*verbi gratia*, acesso e proteção da atividade produtiva, habitação adequada, alimentação satisfatória, proteção da saúde, ensino de qualidade em todos os níveis e transporte seguro e confortável) e *imateriais* (entre esses, as sensações de paz, de segurança, de prazer, de alegria, de conforto e de realização existencial).

Relativamente à correlação entre renda e felicidade, os economistas Raphael Bottura Corbi e Naércio Aquino Menezes-Filho, da Universidade de São Paulo, em recente estudo (2006) sobre os determinantes empíricos da felicidade no Brasil, observaram que as "pessoas que dispõem de níveis de renda mais elevados, em geral, têm mais oportunidades de alcançar o que desejam, isto é, elas podem comprar mais bens materiais e serviços. Sendo assim, uma renda mais elevada proporciona maior utilidade e, portanto, os mais pobres são, teoricamente, mais infelizes. Esta relação entre renda e felicidade num ponto específico no tempo e espaço tem sido objeto de estudo de uma vasta agenda de pesquisa e uma grande literatura empírica já está disponível para análise. O resultado mais robusto e geral é que as pessoas mais ricas, na média, tendem a se considerar mais felizes, ou seja, com maior grau de bem-estar subjetivo"[14]; advertem, entretanto, que renda adicional "não aumenta a felicidade infinitamente. A renda parece apresentar uma utilidade marginal decrescente em relação ao bem-estar"[15]; Corbi e Menezes-Filho, a propósito, adotam o entendimento de que "o bem-estar humano é composto por duas dimensões básicas: a dimensão objetiva e a subjetiva. A dimensão objetiva é aquela passível de ser publicamente apurada, observada e medida por fora, e que se reflete nas condições de vida registradas por indicadores numéricos de nutrição, saúde, moradia, criminalidade, etc... A dimensão subjetiva consiste na experiência interna de cada indivíduo, isto é, tudo aquilo que passa em sua mente de forma espontânea, que ele sente e pensa sobre a vida que tem levado (...) Notamos ainda uma dependência recíproca entre ambas, a partir da observação de situações extremas: se o lado objetivo do bem-estar não preencher requisitos mínimos (alimentação, moradia, saúde etc...), não há mais bem-estar possível. Por outro lado, o inverso também é verdadeiro. Para alguém terrivelmente deprimido, mesmo cercado de luxo e conforto, o viver torna-se um grande desgosto: 'não há mendigo que eu não inveje só por não ser eu'. A felicidade é algo que está num campo de intersecção entre estas duas dimensões do bem-estar."[16]

Como se poderá mensurar a presença e o alcance de fatores tão díspares entre si, como os de ordem material e imaterial que concorrem para a conquista da felicidade?

Essa questão se mostra de grande relevância ante a necessidade de se medir tais insumos sob os pontos de vista quantitativo e qualitativo, de modo a permitir, por um lado, que os indivíduos e os grupos sociais possam orientar o seu comportamento para melhor dispor dos meios para buscar a felicidade e, por outro, que o Estado identifique as ações que devem ser encetadas para propiciar ou facilitar, aos cidadãos, o alcance desse objetivo.

Por certo os indicadores econômicos clássicos – de que são exemplos, a renda *per capita*, o produto interno bruto (PIB) e o produto nacional bruto (PNB)– não se prestam a essa tarefa, visto que permitem a mensuração de

---

[13] ARISTOTLE. *The Nicomachean ethics*, trans. F.H. Peters, M.A. 5th edition (London: Kegan Paul, Trench, Truebner & Co., 1893). Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/Aristotle_Ethics.pdf>, acesso em 08 de junho de 2009. (T. do A.)

[14] CORBI, Raphael Bottura & MENEZES-FILHO, Naércio Aquino. *Os determinantes empíricos da felicidade no Brasil*. Revista de Economia Política, vol. 26, nº 4 (104), outubro-dezembro/2006. p. 521. Disponível em <http://www.rep.org.br/pdf/104-3.pdf> Acesso em 29 de junho de 2009.

[15] CORBI & MENEZES-FILHO, *op. cit.*, *loc. cit.*

[16] CORBI & MENEZES-FILHO, *op. cit.*, p. 519-20.

parte da *atividade produtiva humana*, pouco servindo para avaliação da *qualidade de vida*, da *distribuição da riqueza* e da *proteção do patrimônio ambiental*. É nesse cenário que está a surgir uma nova geração de indicadores, que tomam como referência principal, para a sua produção, os componentes sociais e ambientais do bem-estar da humanidade, este em estreita relação com o caminho para a felicidade.

3. Indicadores econômicos e indicadores sociais

De acordo com o conceito adotado por Jean Gadrey e Florence Jany-Catrice, professores de economia da *Université Lille 1*, o "PIB é composto de duas partes. A primeira é o valor comercial de todos os bens e serviços vendidos no país durante um ano (...) Depois, acrescenta-se a esse valor comercial uma segunda parte, que é o custo de produção dos serviços não-comerciais das administrações públicas: o ensino público, os serviços oferecidos pelos governos municipais, estaduais e federal, etc. A criação de riqueza econômica assim mensurada, vale dizer, o PIB, é portanto, note-se, um fluxo de riqueza puramente comercial e monetário. Já o crescimento é a progressão do PIB, isto é, o aumento do volume de toda a produção de bens e serviços vendidos, ou que têm um custo monetário, *produzidos por trabalho remunerado*"[17].

Pode-se verificar, pois, que as dimensões do *bem-estar* (que se vincula ao conceito de qualidade de vida) e do *desenvolvimento responsável* (hoje colocado sob a ótica, também, do chamado *desenvolvimento sustentável*) não são levadas em consideração na aferição do PIB e do crescimento econômico.

Gadrey e Jany-Catrice assim exemplificam o distanciamento existente entre as noções de PIB e de crescimento econômico e as ideias de bem-estar e de desenvolvimento: uma "sociedade que registra muitos acidentes de trânsito – que exigem cuidados médicos, reparos de veículos, serviços de emergência, etc. – tenderá a ter um PIB mais volumoso que uma sociedade em que as pessoas dirigem com prudência. Mais exatamente, ela tenderá a direcionar uma parte maior de seus recursos econômicos e de suas atividades para a reparação de danos, *sem que ocorra um avanço global do bem-estar*, em vez de destiná-la à produção de bem-estar adicional. Exemplo imaginário: se um país remunerasse 10% da população para destruir bens, fazer buracos nas estradas, danificar veículos, etc. e 10% para reparar, tapar os buracos, etc., ele teria o mesmo PIB que um país onde esses 20% de empregos (cujos efeitos sobre o bem-estar se anulam) fossem direcionados para melhorar a expectativa de vida, a saúde, os níveis de educação e a participação em atividades culturais e de lazer."[18]

Esses economistas lembram, ainda, que o mesmo raciocínio pode ser aplicado aos danos ambientais decorrentes da atividade humana, observando que "o PIB não contabiliza as perdas do patrimônio natural, mas contabiliza positivamente sua destruição organizada"[19]; para eles, o PIB, além de não levar em conta perdas do bem-estar, pode não agregar contribuições essenciais para o seu alcance, como, por exemplo, o aumento do tempo livre das pessoas, o trabalho voluntário e o trabalho doméstico não remunerado[20].

Em percuciente reflexão, Ladislau Dowbor, economista e professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, nota que quando "olhamos para esse nosso pequeno planeta, percebemos que a natureza funciona em sistema circular. Os pássaros comem as frutas e espalham as sementes; as folhas que caem são incorporadas ao solo que, por sua vez, se torna fértil e permite o surgimento de outras plantas, ou seja, todo o sistema da natureza é circular, de reutilização dos diversos recursos existentes. A vida está baseada nisso. O sistema econômico que nós montamos não é circular, de reciclagem, e sim um sistema linear. Pegamos recursos naturais, transformando-os em uma indústria, consumimos, e jogamos no lixo sob a forma de plástico. Com isso, estamos acabando com o petróleo no planeta. E não estamos recolocando de volta as bases energéticas utilizadas. O petróleo se acumulou durante centenas de milhões de anos, e nós teremos acabado com ele em 200 anos. A conta que fazemos deste processo é o PIB, o Produto Interno Bruto. Ele é bruto porque não calculamos a reposição desses processos. O PIB não mede os resultados em termos de qualidade de vida da população. Ele mede o fluxo desse processo linear da rapidez com a qual estamos utilizando os recursos. Quando, por exemplo, jogamos dejetos em rios e depois somos obrigados a contratar equipes para fazer a limpeza desses rios, estamos aumentando o PIB, porque aumentamos o fluxo do uso de recursos. Mas quando pegamos a Pastoral da Criança, que por medidas preventivas, sem gastar medicamentos ou com hospitalização, reduz a mortalidade das crianças, percebemos que ela não está apenas não aumentando o PIB, mas está reduzindo-o, porque reduziu o gasto com medicamentos, hospitalizações, o uso de ambulâncias e o petróleo e a gasolina que o veículo usaria. Fica parecendo que quando o PIB aumenta é bom, que usar mais recursos também é, quando, na verdade, estamos gastando os recursos do planeta. Essa mudança de pararmos de medir a velocidade com que consumimos os recursos e começar a medir quais são os resultados, ou seja, se as pessoas estão com mais saúde, se estão com mais acesso à educação, se estamos consumindo de

[17] GADREY, Jean & JANY-CATRICE, Florence. *Os novos indicadores de riqueza*. Tradução de Assef Kfouri. São Paulo, SENAC São Paulo, 2006. p. 31.
[18] GADREY & JANY-CATRICE, *op. cit.*, p. 36-7.
[19] GADREY & JANY-CATRICE, *op. cit.*, p. 39.
[20] GADREY & JANY-CATRICE, *op. cit.*, p. 39-40.

maneira mais inteligente, é uma nova contabilidade que está surgindo. O que queremos é maximizar a qualidade de vida, queremos que as pessoas vivam de maneira feliz sem destruir o planeta."[21]

Foi exatamente com essa finalidade – medir não mais a riqueza e o crescimento econômico somente, mas também o bem-estar e o desenvolvimento responsável – que emergiram os chamados indicadores sociais e ambientais. Há vários deles, construídos a partir de múltiplas dimensões referentes ao bem-estar e à relação com o meio ambiente, diferindo uns dos outros por meio das metodologias empregadas na sua obtenção e dos pesos relativos que se conferem aos fatores tomados para a sua mensuração. Dentre tais indicadores, mencionam-se, apenas como exemplos, o *Índice de Desenvolvimento Humano* (IDH) e a *pegada ecológica*.

O IDH, na oportuna lição de Gadrey e Jany-Catrice, "é simplesmente a média de três indicadores que permitem, cada um, classificar os países de 0 a 1: o produto interno bruto (PIB) por habitante (expresso em paridades de poder de compra), a expectativa de vida no nascimento e o nível de instrução (medido por um indicador que alia, para dois terços, a taxa de alfabetização dos adultos e, para um terço, o índice de escolaridade)"[22].

A *pegada ecológica*, por seu turno, parte do pressuposto, segundo Gadrey e Jany-Catrice, de que "os recursos renováveis utilizados para satisfazer as necessidades econômicas de uma coletividade humana podem quase todos ser convertidos em superfície do planeta marcada pelas 'pegadas da atividade humana' (...) Mais exatamente, os cálculos partem do consumo final de uma determinada população (por exemplo, um país), para em seguida proceder a conversões técnicas (em superfícies exploradas por receptores desse consumo), em função das técnicas existentes de produção e de exploração da natureza"[23]. Esse índice, em suma, mede o impacto da atividade econômica dos países sobre a superfície total do planeta, de modo a permitir a aferição do custo ecológico que ela acarreta.

Um número crescente de organismos nacionais e internacionais, governamentais e não-governamentais, se põe a avaliar – para a eleição de objetivos, a fixação de metas e o dimensionamento de ações – não mais apenas a riqueza e o crescimento econômico, mas a qualidade de vida, o bem-estar e a proteção ambiental.

Assim é que o *Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento* (PNUD), com a adesão de cento e noventa e um estados-membros das Nações Unidas, estabeleceu os *Objetivos de Desenvolvimento do Milênio*, num total de oito, por meio dos quais subordina o produto da atividade econômica ao desenvolvimento social e à preservação ambiental; são eles: 1) erradicar a extrema pobreza e a fome; 2) atingir o ensino básico universal; 3) promover a igualdade entre os sexos e a autonomia das mulheres; 4) reduzir a mortalidade infantil; 5) melhorar a saúde maternal; 6) combater o HIV/AIDS, a malária e outras doenças; 7) garantir a sustentabilidade ambiental e 8) estabelecer uma parceria mundial para o desenvolvimento[24]; anualmente, o PNUD publica o *Relatório de Desenvolvimento Humano*, para o qual se vale do IDH, acima referido.

Por sua vez, a *New Economics Foundation*, organização não-governamental que atua em vários países com o propósito de buscar o redimensionamento da atividade econômica, adota o cálculo do *Índice do Planeta Feliz* (*Happy Planet Index*) com base em três outros indicadores (a *satisfação com a vida*, a *expectativa de vida* e a *pegada ecológica*)[25]; outras entidades globais como a *Redefining Progress*[26] e o *WWF*[27] (organização de preservação da natureza) têm se valido da *pegada ecológica* como um referencial para as suas ações.

No Brasil, o *Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada* (IPEA), vinculado à Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, vem adotando, como referência para os seus estudos e análises da conjuntura social e econômica, o *Índice de Qualidade do Desenvolvimento* (IQD), composto pelo *Índice de Qualidade do Crescimento* (que considera também as ações de proteção ambiental), *Índice de Qualidade da Inserção Externa* e *Índice de Qualidade do Bem-Estar*[28].

De outra banda, organizações não-governamentais brasileiras, como exemplifica o *Movimento Nossa São Paulo*, que agrega cerca de quinhentos e cinquenta entidades e tem, por objetivo, a construção de "uma força política, social e econômica capaz de comprometer a sociedade e sucessivos governos com uma agenda e um conjunto de metas a fim de oferecer melhor qualidade de vida para todos os habitantes da cidade [de São Paulo]"[29], têm buscado a produção de indicadores de qualidade de vida que sirvam de referência para as ações tanto do Poder Público como de organismos sociais; presentemente, o *Movimento Nossa São Paulo* vem se dedicando à elaboração dos *Indicadores de Referência de Bem-Estar no Município* (IRBEM), que tomam como critérios desde valores

---

[21] DOWBOR, Ladislau. *O PIB não mede os resultados em termos de qualidade de vida da população*. Entrevista concedida a Graziela Wolfart e Patricia Fachin e publicada em *IHU On-Line* (*Revista do Instituto Humanitas Unisinos*), junho/2009. <http://www.unisinos.br/ihuonline/index.php?option=com_tema_capa&Itemid=23&task=detalhe&id=1639> Acesso em 26 de junho de 2009.

[22] GADREY & JANY-CATRICE, *op. cit.*, p. 45.

[23] GADREY & JANY-CATRICE, *op. cit.*, p. 103.

[24] Ver *Roteiro das Metas*, disponível em <http://www.pnud.org.br/odm/index.php#documentos> Acesso em 30 de junho de 2009.

[25] Ver <http://www.happyplanetindex.org/> Acesso em 30 de junho de 2009.

[26] Ver <http://www.rprogress.org/ecological_footprint/about_ecological_footprint.htm> Acesso em 30 de junho de 2009.

[27] Ver <http://www.wwf.org.br/wwf_brasil/pegada_ecologica/> Acesso em 30 de junho de 2009.

[28] Ver <http://www.ipea.gov.br/default.jsp> Acesso em 30 de junho de 2009.

[29] Ver <http://www.nossasaopaulo.org.br/portal/quem> Acesso em 30 de junho de 2009.

pessoais e sociais até temas relacionados a saúde, cultura, educação, esporte, lazer, habitação, consumo, meio ambiente, mobilidade, segurança, relações humanas, dentre outros[30].

De especial interesse, para esta tese, reveste-se o *Índice de Felicidade Nacional Bruta* (IFNB), adotado pelo Reino do Butão, único país no mundo em que o direito à busca da felicidade é expressamente protegido no plano constitucional. Trata-se de índice oficial naquele país, servindo de referência para a definição e a implementação de políticas que permitam ou facilitem o acesso a fatores, materiais e imateriais, que conduzam à conquista da felicidade por seus habitantes; será examinado no capítulo seguinte, de modo mais detido.

4. O Reino do Butão e a proteção constitucional da busca da Felicidade Nacional Bruta

Criou-se, no Reino do Butão, o conceito de Felicidade Nacional Bruta, alçado ao *status* de objetivo nacional colocado sob proteção constitucional.

Será interessante, para melhor situar a questão, que sejam apontados alguns dados sobre o Reino do Butão: trata-se de um país com 38.394km² e aproximadamente 635.000 habitantes (dados de 2005/2006), localizado na Ásia, na encosta sul do Himalaia Oriental, tendo fronteiras ao norte com a China (Tibete) e ao sul com a Índia; sua capital é a cidade de Tinfu e a língua nacional é o dzongcá; florestas cobrem 72,5% da sua área, cuja superfície é formada por estepes e altas montanhas; a população é predominantemente rural (79%) e apresenta uma expectativa de vida de 66 anos para homens e 66,2 para mulheres[31].

O Reino do Butão – onde vigorava, até recentemente, o absolutismo – é, hoje, uma monarquia constitucional democrática; o atual chefe de Estado é o Rei Jigme Khesar Namgyel Wangchuck, quinto da sua dinastia[32]; o Poder Legislativo é exercido pelo Parlamento, formado pelo Rei, o Conselho Nacional (com vinte representantes dos Distritos que compõem o país e cinco membros nomeados pelo Rei) e a Assembleia Nacional (composta por quarenta e sete membros eleitos por voto direto da população para um mandato de cinco anos)[33]; o Poder Judiciário é formado por cortes subdistritais e distritais, a Alta Corte e a Suprema Corte (esta, composta pelo Chefe do Judiciário e mais quatro membros)[34].

A sua economia, embora apresente alguma diversificação, se assenta principalmente na produção agrícola, responsável por 33% do Produto Interno Bruto (PIB); o país exporta principalmente eletricidade (a sua venda corresponde a 43,7% do total das exportações), produtos químicos, metais, madeira, alimentos processados, produtos minerais, têxteis, pedras, cimento e produtos de asbestos[35]; no plano interno, o governo provê, gratuitamente, educação e atendimento médico-hospitalar para toda a população[36].

No tocante ao PIB, o Reino do Butão ocupou, em 2008, o 157º lugar na classificação de países, de acordo com o *Fundo Monetário Internacional*[37]; entretanto, em um estudo da *University of Leicester* (Inglaterra) no qual se elaborou uma classificação que adota a *Escala de Satisfação com a Vida* como parâmetro, o Reino do Butão nela ocupou, em 2006, o 8º lugar, atrás apenas da Dinamarca, da Suíça, da Áustria, da Islândia, das Bahamas, da Finlândia e da Suécia[38].

Haverá, possivelmente, muitos motivos que justifiquem esse aparente paradoxo que emerge da comparação entre o PIB do Reino do Butão e o grau de satisfação com a vida que exibem os seus cidadãos; alguns, certamente, dizem respeito à dissociação entre riqueza material e bem-estar; outros, serão concernentes ao modo de vida do povo butanês, aos seus padrões culturais e às suas expectativas existenciais; entretanto, não se poderá deixar de lado, para a compreensão desse fenômeno, o fato de que a busca da felicidade, para o Reino do Butão, é tratada como direito a ser protegido por meio da ação do Estado, que intervém nas diversas dimensões, materiais e imateriais, que possam concorrer para que as pessoas venham a alcançá-la.

Assim é que a Constituição do Reino do Butão, no seu artigo 9 (que cuida dos Princípios de Política do Estado), dispõe, no item 2, que o "Estado se empenhará para promover as condições que permitirão a busca da Felicidade Nacional Bruta"; além disso, o artigo 20 (que disciplina as ações do Poder Executivo) estatui, no seu item 1, que o "Governo deverá proteger e fortalecer a soberania do Reino, provê-lo de bom governo e assegurar a paz ,a segurança, o bem-estar e a felicidade do povo"[39].

Para o planejamento e a implementação de políticas direcionadas para esses objetivos, há um órgão, denominado, a partir de 24 de janeiro de 2008, *Comissão para a Felicidade Nacional Bruta* (CFNB), que tem, como principais finalidades, a promoção de medidas voltadas para o investimento no bem supremo da nação, a construção

---

[30] Ver <http://www.nossasaopaulo.org.br/portal/irbem> Acesso em 30 de junho de 2009.

[31] Ver <http://www.bhutan.gov.bt/government/aboutbhutan.php> Acesso em 20 de junho de 2009. (T. do A.)

[32] Ver <http://grossnationalhappiness.com/gnhIndex/intruductionGNH.aspx> Acesso em 22 de junho de 2009. (T. do A.)

[33] Ver <http://www.nab.gov.bt/aboutus.php> Acesso em 22 de junho de 2009. (T. do A.)

[34] Constituição do Reino do Butão, art. 21. Sobre a estrutura do Poder Judiciário do Reino do Butão, ver, ainda, <http://www.judiciary.gov.bt/html/judiciary/structure.php> Acesso em 22 de junho de 2009. (T. do A.)

[35] Ver <http://www.bhutan.gov.bt/government/abt_foreign.php> Acesso em 22 de junho de 2009. (T. do A.)

[36] Ver <http://www.bhutan.gov.bt/government/aboutbhutan.php> Acesso em 20 de junho de 2009. (T. do A.)

[37] Ver <http://en.wikipedia.org/wiki/List_of_countries_by_GDP_(nominal)> Acesso em 20 de junho de 2009. (T. do A.)

[38] Ver <http://www.le.ac.uk/users/aw57/world/sample.html> Acesso em 20 de junho de 2009. (T. do A.)

[39] Disponível em <http://www.constitution.bt/> Acesso em 20 de junho de 2009. (T. do A.)

de uma existência em harmonia com a tradição e a natureza, a eficácia e a qualidade do governo e o desenvolvimento de uma economia dinâmica que sirva de base para uma vigorosa democracia[40].

A partir de novembro de 2008, passou o Reino do Butão a adotar, como principal indicador social, o *Índice de Felicidade Nacional Bruta* (IFNB), destinado a servir de parâmetro para as ações da CFNB[41].

O IFNB é elaborado a partir de nove dimensões, cada uma delas avaliadas por uma quantidade variável de indicadores: *bem-estar psicológico* (onze indicadores), *uso do tempo* (dois indicadores), *vitalidade da comunidade* (dezesseis indicadores), *cultura* (nove indicadores), *saúde* (sete indicadores), *educação* (quatro indicadores), *ecologia* (cinco indicadores), *padrão de vida* (oito indicadores) e *qualidade do governo* (sete indicadores); os indicadores são obtidos mediante questionários, cujas respostas são classificadas, quantificadas e consolidadas em um número situado num intervalo entre zero e um, que constitui o IFNB[42].

Por fim, cabe destacar que a CFNB estabeleceu uma *Estratégia para a Felicidade Nacional Bruta*, que deverá servir de base para a elaboração dos planos quinquenais do Estado butanês até o ano de 2028.[43]

5. A felicidade no âmbito da ordem jurídica brasileira

Se é verdade que não dispomos, no Brasil, de normas constitucionais e infraconstitucionais que sejam expressamente dirigidas para a tutela jurídica do direito à busca da felicidade, igualmente é verdadeiro que a ordem jurídica vigente protege e confere eficácia normativa a grande parte dos fatores materiais e imateriais que contribuem para o seu alcance.

Assim é, desde logo, com a *dignidade da pessoa humana*, um dos fatores imateriais mais relevantes para a construção da felicidade, estabelecida pelo enunciado normativo do art. 1º da Carta Constitucional de 1988 como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil; no correto entender de Alexandre de Morais, Livre-Docente em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo, o princípio fundamental da *dignidade da pessoa humana* "apresenta-se em uma dupla concepção. Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes. Esse dever configura-se pela exigência do indivíduo respeitar a *dignidade* de seu semelhante tal qual a Constituição Federal exige que lhe respeitem a própria. A concepção dessa noção de dever fundamental resume-se a três princípios do direito romano: *honestere vivere* (viver honestamente), *alterum non laedere* (não prejudique ninguém) e *suum cuique tribuere* (dê a cada um o que lhe é devido). Ressalte-se, por fim, que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução nº 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10-12-1948 e assinada pelo Brasil na mesma data, reconhece a dignidade como inerente a todos os membros da família humana e como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo."[44]

Deve-se ter em vista, ainda, que o conjunto dos direitos fundamentais, relacionados estreitamente ao princípio da *dignidade da pessoa humana*, guarda notável conformidade com o direito à busca da felicidade, considerando-se a afinidade axiológica entre este e aqueles.

É oportuno lembrar, aqui, a lição de Jorge Miranda, professor de Direito Constitucional da Universidade de Lisboa, para quem, pelo "menos, de modo directo e evidente, os direitos, liberdades e garantias pessoais e os direitos económicos, sociais e culturais comuns têm a sua fonte ética na dignidade da pessoa, de *todas as pessoas*. Mas quase todos os outros direitos, ainda quando projectados em instituições, remontam também à idéia de proteção e desenvolvimento das pessoas. A copiosa extensão do elenco não deve fazer perder de vista esse referencial"[45]; em igual sentido caminha o notável constitucionalista José Afonso da Silva, professor aposentado da Universidade de São Paulo, ao sustentar que a *dignidade da pessoa humana* "é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida (...) Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos existência digna (art. 170), a ordem social visará a realização da justiça social (art. 193), a educação, o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205) etc., não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana."[46]

---

[40] Ver <http://www.pc.gov.bt/about_us.asp> Acesso em 22 de junho de 2009. (T. do A.)

[41] Ver <http://grossnationalhappiness.com/gnhIndex/intruductionGNH.aspx> Acesso em 22 de junho de 2009. (T. do A.)

[42] Para estudo mais pormenorizado das dimensões, indicadores, questionários e metodologia de cálculo do IFNP, ver <http://grossnationalhappiness.com/Default.aspx>

[43] Para acesso ao texto integral da *Estratégia para a Felicidade Nacional Bruta* e dos seus anexos, consultar a página <http://www.pc.gov.bt/rgob_reports.asp> (em inglês).

[44] MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência.* 4ª ed. S. Paulo, Atlas, 2002. p. 60-1.

[45] MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional.* vol. 4. Coimbra, Coimbra Editora, 1988. p. 167-8. *Apud* TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional.* 5ª ed. revista e atualizada. São Paulo, Saraiva, 2007. p. 518.

[46] SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 28ª ed. revista e atualizada até Emenda Constitucional nº 53, de 19/12/2006. São Paulo, Malheiros, 2007. p. 105.

Tenha-se em foco, ademais, que outro fator essencial para o alcance da felicidade, a *boa qualidade da vida comunitária* – que depende, por um lado, do estabelecimento de relações interpessoais harmônicas, pacíficas e solidárias entre os integrantes de uma determinada coletividade e, por outro, da garantia que o Estado deve propiciar aos cidadãos no tocante ao exercício da liberdade, vista em todas as suas dimensões –, é elevado ao patamar dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, visto que os preceitos insculpidos na regra do art. 3º, I e IV, da Constituição Federal estatuem, como tais, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação; haverá de se consignar, por oportuno, na mesma senda de compreensão do tema, que não será possível atingir-se um grau satisfatório nas relações comunitárias – vale dizer, na construção da *boa qualidade da vida comunitária* – se estas não se fundarem numa base de respeito interpessoal que pressuponha o tratamento igualitário entre os seres humanos, despido de quaisquer atitudes discriminatórias no que concerne à origem, às raízes étnicas, ao sexo e à idade das pessoas.

Por outro lado, reconhecida a necessidade de se prover todos os cidadãos dos recursos necessários a uma *vida com acesso à educação, à assistência médico-hospitalar, à cultura, ao lazer, a condições dignas de habitação, de transporte e de trabalho com remuneração adequada*, indispensáveis como fatores materiais para a conquista da felicidade, a norma do art. 3º, II e III, da Constituição de 1988 consagra como objetivos fundamentais do Estado brasileiro a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais.

É possível, portanto, extrair-se do exame articulado desses preceitos constitucionais a ideia de que a *aspiração à felicidade* informa os fundamentos e os objetivos da República Federativa do Brasil, subjacente que se acha aos enunciados das regras que a eles se referem.

Mais ainda: essa ideia, fundada em suporte constitucional teleologicamente orientado para propiciar, aos cidadãos, o alcance dos fatores materiais e imateriais que lhes possibilitem a realização existencial e a conquista da felicidade, permeia o regramento infraconstitucional em todos os seus ramos, quer se trate da proteção da vida, da saúde, da educação, da cultura, da família, da criança e do adolescente, do idoso, das minorias, da segurança pública, da paz social, do meio ambiente ou da higidez da atividade produtiva, apenas para citar alguns.

É preciso observar que, para uma interpretação dessa ordem das normas jurídicas, constitucionais e infraconstitucionais, será necessária uma operação lógica que, além de considerar, para a sua realização, a inafastabilidade do aporte de referências extrajurídicas (que provenham, *verbi gratia*, de ciências como a sociologia, a antropologia ou a economia), vá além dos estritos limites – e das limitações – do positivismo jurídico – especialmente do normativismo kelseniano, centrado na *teoria pura do direito* –, cuja superação tem sido objeto de alentados estudos que lançam novos olhares críticos, fundados em sólidos alicerces metodológicos, sobre essa corrente de pensamento.

Entre tais estudos, anotam-se, de início, os de Carlos Cossio, cuja contribuição ao estudo do Direito, centrada na formulação da sua teoria egológica, é, no dizer de Eduardo Carlos Bianca Bittar, Livre-Docente em Filosofia do Direito pela Universidade de São Paulo, e Guilherme Assis de Almeida, Doutor em Filosofia do Direito pela mesma universidade, "a nova forma de olhar a norma, que deixa de ser o principal elemento da ciência jurídica e transforma-se em seu principal meio de conhecimento. Mais importante que a própria norma é a conduta humana e a interação do ego em sociedade, sendo que uma de suas projeções é o 'dever-ser' (...) O pensamento de Carlos Cossio faz do Direito um fenômeno incorporado à vida social e que pulsa no cotidiano dos homens"[47].

Cumpre também, neste passo, referir-se à obra de Chaïm Perelman: o seu pensamento, no dizer de Bittar & Almeida, "volta-se menos para as estruturas formais do pensamento jurídico e mais para a *práxis* do direito (...) Quer-se verificar o que efetivamente acontece na prática dos tribunais para se determinar o que o jurista exerce por meio de seu raciocínio argumentativo. Procura-se com esse modelo de preocupação filosófica aproximar-se a teoria da prática, distanciando os olhos do jurista do purismo da lógica formal, que, por influência dos estudos positivistas, vieram a desembocar na área jurídica."[48] Assinalam Bittar & Almeida, ao aferir a dimensão da lógica da argumentação na tese perelmaniana, que o "mito da verdade não existe no pensamento de Perelman, uma vez que o termo verdade é substituído por outros mais apropriados para expressar o que é próprio do raciocínio jurídico, a saber, o razoável, o equitativo, o aceitável, o admissível (...) É em discurso que se constrói o saber jurídico; é em discurso que se constrói a justiça, a equidade, a razoabilidade, a aceitabilidade das decisões judiciais (...) A lógica da argumentação, frontalmente contrária à lógica formal, diametralmente oposta à proposta por Hans Kelsen, pretensamente científica, vislumbra na atividade do juiz um complexo empreendimento de elaboração, condensação, valoração, ponderação, divisão de elementos de diversas naturezas, em que não somente a norma jurídica é um ponto de referência, pois divide espaço e, por vezes, colide com impressões psicológicas, histórias e vivência comunitárias, intuições pessoais, provas não produzidas (...) que para outros modelos teóricos são simplesmente motivo de desprezo."[49]

---

[47] BITTAR, Eduardo Carlos Bianca & ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito; I- panorama histórico; II - tópicos conceituais*. 7ª ed. rev. e aument. São Paulo, Atlas, 2009. p. 392.

[48] BITTAR & ALMEIDA, *op. cit.*, p. 453.

[49] BITTAR & ALMEIDA, *op. cit.*, p. 453-5.

Em outra linha de abordagem crítica do positivismo jurídico, Luís Roberto Barroso, Mestre em Direito pela *Yale University* e professor de Direito Constitucional da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, ressalta que o "Direito, ao contrário de outros domínios, não tem nem pode ter uma postura puramente descritiva da realidade, voltada para relatar o que existe. Cabe-lhe prescrever um *dever-ser* e fazê-lo valer nas situações concretas. O Direito tem a pretensão de atuar sobre a realidade, conformando-a e transformando-a. Ele não é um *dado*, mas uma *criação*. A relação entre o sujeito do conhecimento e seu objeto de estudo – isto é, entre o intérprete, a norma e a realidade – é tensa e intensa. O ideal positivista de objetividade e neutralidade é insuscetível de realizar-se"[50]; segundo Barroso, o "pós-positivismo é uma superação do legalismo, não com recurso a idéias metafísicas ou abstratas, mas pelo reconhecimento de valores compartilhados por toda a comunidade. Estes valores integram o sistema jurídico, mesmo que não positivados em um texto normativo específico. Os princípios expressam os valores fundamentais do sistema, dando-lhe unidade e condicionando a atividade do intérprete. Em um ordenamento jurídico pluralista e dialético, princípios podem entrar em rota de colisão. Em tais situações, o intérprete, à luz dos elementos do caso concreto, da proporcionalidade e da preservação do núcleo fundamental de cada princípio e dos direitos fundamentais, procede a uma ponderação de interesses. Sua decisão deverá levar em conta a norma e os fatos, em uma interação não formalista, apta a produzir a solução justa para o caso concreto, por fundamentos acolhidos pela comunidade jurídica e pela sociedade em geral. Além dos princípios tradicionais como Estado de direito democrático, igualdade e liberdade, a quadra atual vive a consolidação do princípio da razoabilidade e o desenvolvimento do princípio da dignidade da pessoa humana."[51]

Para uma nova forma de contemplar o mundo contemporâneo sob uma ótica pós-positivista – fundada na percepção da existência de novas expectativas no que concerne às relações entre os povos, balizadas por uma ordem jurídica internacional que se assenta nas doutrinas da paz, dos direitos humanos e da proteção ambiental e calcadas no respeito à diversidade étnica e cultural dos povos –, mostra-se inevitável a adoção, no campo do Direito, de novos paradigmas; o Direito haverá de se ajustar, plasticamente, às novas exigências que lhe são trazidas pela globalização, pelos problemas ecológicos que afetam a vida e a saúde de todos os seres vivos, pelos novos meios de comunicação, pelas relações econômicas entre os países e pelas novas demandas concernentes à qualidade de vida; a busca da felicidade, colocada no conjunto dos direitos transindividuais – pois não mais vista apenas como desejo meramente individualista afinado com conceitos da filosofia clássica recuperados pelo Iluminismo, mas como aspiração também da coletividade, já que o alcance da felicidade depende, muito, da higidez das relações interpessoais – e tomada como referência importante para a realização existencial dos seres humanos, se insere, seguramente, entre os objetos de interesse de um Direito sintonizado com a modernidade.

Afinal, como bem lembram Bittar & Almeida, a "emergência do sentimento, a ampliação do lugar da mulher nas deliberações sociais e políticas, a construção de uma economia do cuidado, a transformação das práticas do direito, a criação de mecanismos alternativos de construção de justiça, a discussão sobre o papel necessário e convergente do diálogo nas práticas sociais, a luta pelo cuidado ambiental são demonstrações claras de que reações estão se processando no interior da civilização como importantes conquistas, a revelarem a mudança de paradigma."[52]

6. O Ministério Público e a busca da felicidade

Quando se consideram as múltiplas atribuições institucionais do Ministério Público, fixadas pela Carta Constitucional de 1988, voltadas, essencialmente, para a consolidação do Estado de Direito e para a construção de uma sociedade democrática, pluralista e pacífica, na qual se dê a erradicação da pobreza e a supressão das desigualdades sociais e regionais, tem-se a percepção da magnitude e da multiplicidade das tarefas que lhe incumbem.

Entretanto, não obstante o esforço exigido para o atendimento dessa missão, deve-se estar atento para o fato de que as demandas do mundo contemporâneo aportam, no plano jurídico, novos desafios para o *Parquet*; vale dizer, um novo olhar sobre a realidade das mudanças que se operam nas relações humanas e nas relações com o meio ambiente, a implicar a criação de novos paradigmas, traz a necessidade de eventuais realinhamentos dos objetivos e metas institucionais, determinantes, por sua vez, de recomposições da sua estratégia de atuação.

Já se disse alhures que o direito de busca da felicidade desafia, de algum modo, a classificação proposta pela *teoria dos direitos fundamentais*, porque deve ser visto sob a perspectiva da *transversalidade* entre os direitos de primeira (direitos civis e políticos relacionados à liberdade, à igualdade e à fraternidade), segunda (direitos sociais, culturais e econômicos) e terceira (direitos ao desenvolvimento, à paz, à autodeterminação, ao meio ambiente saudável, à boa qualidade de vida, etc.) gerações; em todos esses agrupamentos, encontram-se direitos consagrados, inequivocamente, como fatores materiais e imateriais necessários para o alcance da felicidade; agregam-se a esses direitos os de quarta geração, que são, no dizer de Paulo Bonavides, Professor Emérito da Faculdade de Direito da

---

[50] BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208&p=1> Acesso em 05 de julho de 2009.

[51] BARROSO, Luís Roberto, *op. cit.*, <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208&p=2> Acesso em 05 de julho de 2009.

[52] BITTAR & ALMEIDA, *op. cit.*, p. 674.

Universidade Federal do Ceará e Doutor *honoris causa* da Universidade de Lisboa, "o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo"[53]; ensina esse notável mestre constitucionalista que esses direitos "não somente culminam *a objetividade* dos direitos das duas gerações antecedentes como absorvem – sem, todavia, removê-la – *a subjetividade* dos direitos individuais, a saber, os direitos da primeira geração. Tais direitos sobrevivem, e não apenas sobrevivem, senão que ficam opulentados em sua dimensão *principial, objetiva e axiológica*, podendo, doravante, irradiar-se com a mais subida eficácia normativa a todos os direitos da sociedade e do ordenamento jurídico"[54]; para Bonavides, "os direitos da quarta geração compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Tão-somente com eles será legítima e possível a globalização política."[55]

Percebida, a busca da felicidade, como direito que informa a ordem jurídica, cumprirá ao Ministério Público atuar para que os fatores materiais e imateriais de que ela depende possam ser colocados à disposição dos cidadãos; não se está a falar, aqui, propriamente, de novas demandas trazidas ao campo de atuação ministerial, mas de uma nova perspectiva sob a qual o alcance de tais fatores deva ser contemplado; a Instituição precisa estar atenta para a reordenação das necessidades pessoais, sociais e ambientais, vistas não mais como temas colocados em planos estanques, mas organicamente relacionados entre si, de modo dinâmico.

7. Propostas

Propõe-se, a partir do que se vem de expor, reconhecer-se que:

1º) a realização existencial dos seres humanos – que adota a felicidade como uma das suas referências – não se funda apenas na conquista da riqueza e do desenvolvimento econômico, mas depende também do alcance da paz, da boa qualidade de vida, do bem-estar físico, mental e social, de relações interpessoais saudáveis e de uma vivência harmônica e equilibrada com o meio ambiente, fatores cuja presença, ou não, deve ser aferida não somente por meio dos indicadores econômicos clássicos, mas também por novos, destinados à mensuração da qualidade de vida, do bem-estar e do bom uso dos recursos naturais;

2º) a busca da felicidade – vista não mais como objetivo exclusivamente individual, mas, também, como direito transindividual – se insere no conjunto dos direitos protegidos pela ordem jurídica, interpretada sob a plasticidade da visão pós-positivista, sintonizada com o mundo real e a modernidade;

3º) pode o Ministério Público, atento à sua missão constitucional, delineada pela Carta Constitucional de 1988, trazer essa leitura das novas demandas sociais para o âmbito da sua atuação, fertilizando-a com a perspectiva de agir em favor de maior qualidade de vida, de relações mais adequadas com o meio ambiente e da disponibilização, para os cidadãos, dos fatores materiais e imateriais que possibilitem o alcance da felicidade.

[53] BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 21ª ed. atualiz. São Paulo, Malheiros, 2007. p. 571.
[54] BONAVIDES, *op. cit.*, p. 572.
[55] BONAVIDES, *op. cit.*, p. 572.

009

ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – AFASTAMENTO DO AGENTE PÚBLICO – PODER GERAL DE CAUTELA

Antônio Winkert Souza e Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini

Procurador de Justiça[1] *e Promotor de Justiça Substituto de 2º Grau*[2]

I. Introdução

Nos termos do art. 20, parágrafo único, da Lei nº 8.429/92, é possível o afastamento do agente público, na hipótese de cometimento de ato de improbidade administrativa, "*quando a medida se fizer necessária à instrução processual*".

Trata-se, por óbvio, de medida cautelar de natureza eminentemente processual. Para seu deferimento, exige-se, além do "*fumus boni iuris*", o "*periculum in mora*", ou seja, a exposição de fatos concretos e/ou abalizadas presunções que evidenciem a conduta do ímprobo tendente a obstar a regular instrução processual.

Todavia, situações existem em que não se detectam "*quantum satis*" elementos concretos a sinalizar perigo ao regular colhimento de provas durante a instrução processual. Mas, por outro lado, o contexto evidencia potencial perigo de o ilícito persistir ou a gravidade do ilícito constituir-se, por si só, em repugnante imoralidade que indelevelmente acaba por impregnar a continuidade de atuação do agente ímprobo.Situações existem em que a permanência do servidor na função representa, por si só, uma afronta à ordem pública, comprometendo, de forma ampla, os supremos objetivos do Estado no "*seu papel na preservação da lei pela obediência e restauração da lei por imposição coercitiva*[3].

Para exercer a plena soberania interna, o Estado, na expressão organizada de entes administrativos, deve infundir a idéia de credibilidade, confiança e respeito, sob pena de instalar-se a desobediência civil e o caos social.

Ora, na medida em que o agente público, traindo o dever de lealdade institucional e rigorosa obediência aos princípios que regem a administração pública e valores supremos do Estado, pratica ato de improbidade de natureza grave pela dimensão do dano ao erário ou enriquecimento ilícito, com magna repercussão no seio da sociedade, acaba por lesar a própria ordem pública. Gera o natural sentimento de descrédito, abala a confiança e o respeito que deve imperar em relação às instituições e seus agentes públicos, além de alimentar o sentimento de impunidade.

Esse degenerado sentimento na sociedade abre perigoso flanco para insubmissão ao império da lei, à desobediência civil, enfim ao caos social consubstanciado pela conduta arbitrária, desregrada, fraudulenta, criminosa.

Com base numa exegese prospectiva e transformadora, rompendo com posturas nostálgicas, fincadas em exacerbado apego ao cientificismo processual, cabe aos operadores do direito estabelecer novos paradigmas para aniquilar ou ao menos reduzir a corrupção endêmica que grassa no país. Assim, e nessa perspectiva, buscando a preservação da ordem pública, para assegurar a pleno exercício do poder soberano interno do Estado, em sentido amplo, e, no plano restrito, assegurar higidez moral das instituições lesadas a fim de impor seu poder coercitivo na consecução do bem comum.

Com efeito, este trabalho tem o objetivo de defender a viabilidade de afastamento do agente público ímprobo com fundamento no poder geral de cautela, previsto no art. 798 Código de Processo Civil, cc. com art. 12 da Lei nº 7.347/85.

[1] Endereço comercial: Rua Marechal Hermes, 751, gabinete 61, f. 32504519, Curitiba-PR.
[2] Endereço comercial: Rua Tibagi, 799, gabinete. 906, f. 32504091, Curitiba-PR.
[3] FAGUNDES, Miguel SEABRA. In Direito Administrativa da Ordem Pública. Rio de Janeiro: Forense,1986, apresentação.

II. A improbidade administrativa e poder geral de cautela - afastamento do agente público

Evidentemente, em face de tão relevante tema, ao estabelecer os provimentos cautelares específicos (indisponibilidade de bens, art. 7º, sequestro, art. 16 e afastamento, art. 20, parágrafo único), a Lei da Improbidade Administrativa não afasta a viabilidade de se manejar outras medidas cautelares a fim de assegurar a efetividade do processo.

A infinidade de hipóteses que podem ocorrer na prestação jurisdicional torna impossível a previsão exaustiva de todas as cautelas. O caso concreto oferecerá os ingredientes permissivos ao manejo de cautelares outras, não previstas na Lei 8.429/92.

O princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º XXXV da Constituição Federal) há de acolher, por óbvio, eventual pleito cautelar atípico.

Nos termos do art. 798 do Código de Processo Civil, havendo, pois, o fundado receio de lesão grave e de difícil reparação, viável será a concessão de medida cautelar. Não se desconhece, também, que as cautelares atípicas são recomendadas em casos especiais.

Cabe ainda, antes de invadir o tema propriamente dito, enfatizar, para a correta reflexão, que é preciso pensar e repensar o processo e seus pressupostos sob ótica também de mecanismo para a tutela de interesses difusos e coletivos. Não se olvide que o ordenamento processual civil, erigido em 1973, com emendas sucessivas, ainda consagra, primordialmente, valores e princípios atinentes ao direito privado, onde é recorrente o deslinde de controvérsias de natureza patrimonial.

Na espécie sob exame, avulta a necessidade de proteção a valores de ordem imaterial: lesão à ordem pública sob o influxo de conduta que fere o princípio da moralidade administrativa. Claro que a aferição da lesão passa pelo juízo de valor que leva em conta elementos de qualidade e extensão objetivamente imensuráveis. O caso concreto, mercê de sua gravidade, da extensão do dano material (com repercussão no dano moral), frente à indignação da sociedade, elementos sólidos de prova material do desvio ou enriquecimento ilícito e da autoria da improbidade aliado às regras da experiência comum(art. 335 do CPC) , e na medida da responsabilidade de gestão de cada um, traçará o quadro apto a justificar a medida.

Cabe destacar, por oportuno, que *"também o "periculum in mora" pode referir-se não só a interesses ou direitos com conteúdo econômico, mas também àqueles sem essa conotação. A expressão é aberta e comporta ampla margem de interpretação."*[4]

Na tentativa de esboçar um quadro com a dimensão que justifique afastamento do agente público, com base no poder geral de cautela, na linha defendida neste trabalho, tem-se que, em regra, justifica-se na hipótese de:

> **a) significativo dano ao erário público ou de enriquecimento ilícito (art. 9º e 10 da LIA), mediante ação dolosa,[5] ou reiteração de ações com desvio de numerário ou bens, ou enriquecimento ilícito;**
> **b) prova material inequívoca do desvio ou enriquecimento ilícito;**
> **c) autoria e/ou co-autoria seguras;**
> **d) sérios indícios de que o agente público voltará a cometer atos de improbidade lesivos ao erário ou geradores de enriquecimento ilícito.**

Lançando mão das regras da experiência comum, levando em conta o *"modus operandi"* e avaliando a repercussão maléfica do ato ímprobo na sociedade, poderá o Juiz, com a magna tarefa de sindicar os desmandos administrativos, aquilatar o perigo da lesão à ordem pública.

Não raro, a manutenção do ímprobo diante desse quadro, afronta à ordem pública, infundindo no cidadão o descrédito, a confiança e propiciando ambiente propício ao desrespeito ao império da lei. A sua permanência, pois, na função, por suas peculiaridades, ulcera o princípio da moralidade, princípio matriz que deve reger a administração pública como um todo. Na verdade, sendo sua permanência uma imoralidade, significa dizer que, pelo menos, neste aspecto, perdura o ilícito.

É de se ter em mente que o Ministério Público, ou a entidade pública lesada, ao acionar o Judiciário busca,concomitante ao ressarcimento do dano causado, a imposição das demais sanções previstas na Lei nº 8.429/92, e também, é claro, a remoção completa do ilícito (incluindo assepsia moral).

Assim, seja porque, em razão das circunstâncias que cercam o contexto (burla da confiança e falta de escrúpulo), persiste justo receio de que a prática possa ser reiterada ou seja porque perdura uma situação de imoralidade com a permanência do agente na função pública,perfeitamente justificável revela-se que julgador, utilizando-se do inestimável valor do poder geral de cautela (art. 798 do CPC c.c art. 12 da Lei nº 7347/65),que lhe foi conferido, possa determinar o afastamento preventivo daquele agente até ulterior deliberação.

---

[4] José Roberto dos Santos Bedaque, in Improbidade Administrativa (questões polêmicas e atuais), Malheiros, 2003, pág.299.

[5] O significativo dano há de se aferir, proporcionalmente, em razão do orçamento à disposição do ente estatal lesado.

Ao que se tem, além do afastamento de ordem processual, por receio de que venha o demandado causar embaraço à instrução processual, cabível, sem dúvida, o afastamento do agente público, pelo abalo que ato ímprobo provoca na ordem pública e pela imoralidade que irradia sua permanência em órgão vital, sobretudo nas hipóteses em que muito mais que "*fumus boni iuris*" emerge uma "*labareda ardente*" do direito a dar respaldo de fundo à pretensão deduzida.

Pinçando alguns julgados, extrai-se que, conquanto não mencione a subsunção dos elementos de fundo no poder geral de cautela (art. 798 do CPC), decisões têm determinado o afastamento de agentes públicos por esse prisma.

O STJ em especial julgamento envolvendo Prefeito de Jaguariaíva-Pr consigna-o, como fundamento jurídico[6]:

> "*Visualiza-se, no caso, risco de grave lesão à ordem pública, consubstanciada na manutenção no cargo de agente político sob investigação por atos de improbidade administrativa, na qual há veementes indícios de esquema de fraudes em licitações, apropriação de bens e desvio de verbas públicas. Além disso, o afastamento do agente de suas funções objetiva garantir o bom andamento da instrução processual na apuração das irregularidades apontadas.Conforme salientou o ilustre representante do Ministério Público Federal, "a existência de indícios concretos de legitimidade do mandatário para o exercício do cargo público, comprometendo o voto de confiança dado nas urnas". Bem ressaltou "em casos como nos autos, o interesse público em afastar o agente ímprobo deve estar acima do interesse particular do mandatário em permanecer no cargo especialmente quando este utiliza-se do mandato para criar obstáculos ao devido processo legal e às investigações dos órgãos públicos (fl. 449)."*

Observe-se que a motivação de porte sedimenta-se na existência de veementes indícios de fraudes em licitações, apropriação de bens e desvio de verbas públicas e que, por isso, se constitui em risco de lesão grave à ordem pública. O afastamento do agente público como medida preventiva tendente a evitar lesão à ordem pública se traduz em medida inerente ao poder geral de cautela do julgador. Não é, a rigor, motivo concreto que evidencie risco à instrução processual.

Há uma conjugação de fundamentos norteadores do afastamento:"*periculum in mora*" de ordem processual (art. 20 da Lei nº 8.429/92) com perigo de lesão à ordem pública, sob inspiração do poder geral de cautela.

É também o caso, por exemplo, de uma decisão proferida pelo Juiz de Vacaria, no Rio Grande do Sul[7], em que assentou-se:

> "*...também deve ser aplicada a regra principiológica do poder geral de cautela(art. 798,CPC) fins da evitação de novos ilícitos, a que não é, em nada, dezarrazoado esperar-se, vez que, nos autos, há já explicitada a verossimilhança do cometimento pretérito de fraude ao concurso, e ilegalidade por supressão de processo licitatório".*

Em paradigmático exemplo, tem-se, recentemente, o julgado proferido em sede de Agravo de Instrumento sob nº 446980-7, em trâmite na 5a. Câmara Cível do E. Egrégio Tribunal de Justiça do Paraná, da relatoria do Des. Ruy Fernando de Oliveira, caso em que houve afastamento do Chefe da 18a. Ciretran(Nova Esperança), por fraude na emissão de carteiras de habilitação.

O Juiz "*a quo*" consignou expressamente na decisão que determinava o afastamento com base no art. 12 da Lei 7.347/85 (poder geral de cautela em sede de ação civil pública) e não no art. 20 da Lei nº 8.429/92.

Extrai-se do r. acórdão:

> "*Quanto ao periculum in mora, asseverou o julgador ser imprescindível a adoção de tais medidas, a fim de evitar a sua ineficácia, se concedida somente ao final, diante da gravidade e da complexidade dos fatos alegados, que necessitam de ampla instrução processual, o que certamente acarretará a morosidade do processo, até porque figuram no pólo passivo vinte e seis réus, concluindo, ao final, que a Administração Pública e, em especial, a sociedade, não podem aguardar o julgamento final da demanda para pôr fim às ilegalidades que vêm sendo cometidas junto à 18ª CIRETRAN, inclusive porque envolve a habilitação de diversas pessoas inaptas a conduzir veículo automotor pelas vias públicas, o que certamente pode ter conseqüências desastrosas e graves.*"

---

[6] Brasil. STJ. Rel. Min. Barros Monteiro. AgRg na Suspensão de Liminar e de Sentença nº 467-PR, j. 07.11.07.

[7] Proc. 10700035642 (www.mp.rs.gov.br/cível/notícias).

Prossegue o nobre relator:

> "*O afastamento imediato do agravante da função de chefe da 18ª CIRETRAN foi acertadamente determinado pelo juiz e se revela medida de necessidade, diante da gravidade dos atos ilegais praticados junto ao referido órgão estatal, que estava sob a sua inteira responsabilidade, até porque há fortes indícios de seu envolvimento na prática destes e de sua conduta dolosa ou, no mínimo, culposa (negligência), sendo certo, ainda, que a medida visa evitar que novas fraudes venham a ocorrer, em prejuízo de toda a coletividade, estando preenchidos, a um primeiro exame, os requisitos exigíveis.Diga-se, ainda, que, consoante o disposto no art. 20, parágrafo único, da Lei n. 8.429/92 - Lei de Improbidade Administrativa -, o afastamento tem cabimento quando houver possibilidade de vir o agente público a dificultar a instrução processual, o que, na espécie, é facilmente constatável e presumível, pois a sua condição de chefe do órgão pode resultar na omissão e manipulação de documentos que possam vir a corroborar as provas já produzidas, bem como no constrangimento de funcionários que lhe são subordinados para prestar depoimentos e esclarecimentos sobre a forma de atuação e prática de tais atos, sendo certo, ainda, que, segundo alega o agravado, outros tantos fatos ainda estão sendo investigados em inquérito policial, afora aqueles não auditados(fls. 178).*"

Como depreende-se, os motivos ensejadores da cautelar de afastamento dizem respeito, sobretudo, à gravidade dos fatos, sua repercussão no seio da sociedade, perigo de persistirem as ilegalidades e robustez da prova(existência de prova inequívoca) pressupostos que, na essência, afetam a ordem pública e que, destarte, inserem-se no poder geral de cautela cometido ao julgador.

O nobre Relator, é verdade, não obstante acolha como acertada a cautelar, acrescenta motivos que justificariam também o afastamento com base no art. 20 da Lei nº 8.429/92.

Mas, substancialmente, a decisão comporta questões atinentes ao poder geral de cautela insertos tanto no art. 12 da LACP, como no art. 798 do CPC.

Noutro apropriado julgado, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em sede de Agravo de Instrumento,[8] determinou o afastamento liminar de vereador, com fundamento no art. 20, parágrafo único, da Lei nº 8.429/92, fazendo consignar também, razões fundamentais de fundo que se amoldam o poder geral de cautela:

> "*É do interesse público que função tão relevante para gestão do município esteja indene de qualquer dúvida no campo da improbidade. E, além, disso, o afastamento, por ser meramente cautelar, não significa prejuízo pessoal irreparável, sobretudo quando o Estatuto dos Servidores Públicos (Lei 8.112/90, art. 147) e a própria Lei de Improbidade (art. 20) admitem o afastamento do funcionário até mesmo quando processados no âmbito administrativo.A medida encontra amparo jurídico na faculdade que tem juiz de, no âmbito de seu poder geral de cautela, decidir da forma que entende mais adequada para garantir a regular instrução do processo.*"

Na prática, pois, aqui e acolá, exsurgem julgados que determinam o afastamento do agente público sob inspiração do poder geral de cautela, seja de forma autônoma ou mesmo coadjuvando o afastamento para garantir a instrução processual.

Por fim, cabe registrar, com toda ênfase, que o afastamento preventivo do agente público não ignora a presunção de inocência (art. 5º, inc. LVII, da CF), já que o afastamento como garantia da ordem pública há de dar-se também sem prejuízo de sua remuneração, tal como ocorre na hipótese do art. 20, parág. único, da Lei nº 8.429/92.

Ademais, o afastamento preventivo constitui-se num provimento cautelar parcial, vez que o provimento final almejado (perda do cargo) somente se dará com a condenação com trânsito em julgado. O agente ficará tão-somente afastado de suas funções, como medida de proteção do Estado, da sociedade e dos princípios constitucionais que governam a função administrativa, com destaque para o princípio da moralidade administrativa, mas permanecerá com o cargo e percebendo remuneração até ulterior deliberação.

Nem se diga que a medida atenta contra a vontade popular e o princípio democrático, pois, mesmo nas hipóteses de agentes políticos eleitos por sufrágio universal, a legitimidade do mandatário é conformada pela vontade da Constituição Federal, o que significa dizer que a manutenção dessa legitimação popular, impõe ao representante do povo o obsequioso cumprimento de seus deveres constitucionais e legais, informados pelos vetores principiológicos que vertem do Texto Maior, dentre eles os princípios da moralidade e da probidade administrativa, sob pena de perda dessa legitimidade obtida nas urnas.

---

[8] Brasil. TJSP. Agravo de Instrumento nº 386.846-5/5-00-Sertãozinho.

Não é crível que no Brasil do século XXI, ainda existam teses utilizando a vontade popular como escudo para a realização de atos criminosos ou atos de improbidade administrativa, praticados exatamente contra aqueles que conferiram, por sua vontade suprema, o direito de representá-los nos escalões superiores do Estado. Trata-se de sofisma a ser combatido com a vontade popular concretizada na Constituição de 1988, ou seja, nas normas-princípios que a inspiram.

Comportamentos ímprobos gravíssimos por parte de agentes públicos ou a sua reiteração, justificam o antecipado afastamento do cargo, por respeito à ordem pública e em defesa dos fundamentais princípios que regem a Administração Pública.

III. Conclusões

a) A previsão de afastamento do agente público para assegurar a higidez da instrução processual na Lei nº 8.429/92 não afasta a viabilidade, autônoma, ou concomitante, do afastamento como garantia da ordem pública sob inspiração do poder geral de cautela, nos termos do art. 798 cc. com art. 12 da Lei nº 7.347/85.

b) O afastamento do agente público, por ato de improbidade administrativa, com fundamento no poder geral de cautela, há de dar-se de forma especial, na hipótese de lesão à ordem pública, evidenciada pela gravidade do fato ilícito (dimensão do dano ao erário ou enriquecimento ilícito), ou reiteração, sua repercussão na sociedade, valorado à luz de prova material inequívoca e autoria segura.

c) O provimento cautelar parcial examinado (vinculado ao provimento final de perda do cargo), atento ao princípio da presunção de inocência, consiste em afastar o agente público de suas funções, até ulterior deliberação, sem prejuízo de sua remuneração.

011

A PERPETUIDADE DA RESERVA LEGAL EM VISTA DA EXPANSÃO URBANA DOS MUNICÍPIOS

Luis Eduardo Couto de Oliveira Souto*

Promotor de Justiça

Com a aprovação do Estatuto das Cidades (Lei n. 10.257/01), consolidou-se a compreensão do conceito amplo de Município, abrangendo, nos limites de seu território, tanto a zona urbana quanto a rural, respeitadas as suas peculiaridades, fixando, dentre suas diretrizes, a integração e complementaridade entre as atividades urbana e rural, tendo em vista o seu desenvolvimento sócioeconômico.[1]

Em vista do crescimento populacional e prolongamento dos núcleos urbanos, o momento vivenciado pelos municípios é o de redefinição das áreas urbanas e de expansão urbana, cujas características diferem-se das zonas rurais pelo preenchimento dos requisitos de infraestrutura essenciais previstos no Código Tributário Nacional[2], sendo a referida área municipal dotada de melhoramentos urbanos. Também diferente da zona rural, a zona de expansão urbana tem o escopo de receber novas edificações e equipamentos urbanos, no normal crescimento das cidades e vilas. Vale lembrar que estas zonas, ainda, que, em área rural, devem ser, desde logo, delimitadas pelo município e submetidas às restrições urbanísticas do Plano Diretor.[3]

Na questão ambiental, ganha importância a obrigatoriedade da averbação, na propriedade rural, do instituto da reserva legal, cuja extensão há de ser fixada em 20% para as propriedades situadas nas demais regiões do País, salvo nas regiões do Cerrado e na Amazônia Legal, que possuem outros percentuais a tal título.[4]

Uma vez averbada a reserva legal, na margem da inscrição de matrícula do imóvel, no registro de imóveis competente, fica terminantemente proibida a alteração de sua destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, de desmembramento ou de retificação da área.[5]

Indaga-se se essa imutabilidade restringe-se à situação rural do imóvel ou ao imóvel em si, independentemente de sua localização, seja em área urbana ou rural. Em outras palavras, como fica a situação da reserva legal na hipótese de inserção do imóvel rural em zona urbana? Permanece a imutabilidade da restrição e a importância da sua perpetuidade no imóvel, mesmo se tratando de área urbanizada?

Observe-se que o tema ainda não foi enfrentado pela doutrina ou jurisprudência, permanecendo sem resposta.

A reserva legal é uma espécie de limitação intrínseca ao direito de uso da propriedade, ou, nas palavras de Bessa Antunes, "uma característica da propriedade florestal que se assemelha a um ônus real,"[6] constituindo-se uma obrigação *propter rem*, como decorrência da função sócio-ambiental do imóvel rural[7], portanto insuscetível de indenização. Possui o escopo de proteger a vegetação existente na propriedade rural, vedando a sua supressão, podendo ser utilizada apenas sob regime de manejo florestal sustentável, de acordo com princípios e critérios técnicos e científicos[8]. Juntamente com as áreas de preservação permanente[9] e as unidades de conservação[10], integram o rol dos mais importantes institutos de proteção ambiental de nosso ordenamento jurídico.

---

* Coordenador-Geral do Centro de Apoio Operacional do Meio Ambiente do Ministério Público de Santa Catarina

1 Inc. VII do art. 2º da lei 10.257/01 (Estatuto das Cidades).

2 § 1º do art. 32 da lei 5.172/66 (Código Tributário Nacional).

3 MEIRELLES, Hely Lopes Meirelles. ***Direito Municipal Brasileiro***, 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

4 Incs. I a IV do art. 16 da Lei n. 4.771/65. Anote-se que, em vista do disposto no art. 55 do Decreto 6.514 de 22 de julho de 2008, com as alterações introduzidas pelo Decreto 6.686 de 10 de dezembro de 2008, a ausência da averbação da reserva legal constitui-se em infração administrativa sujeitando o infrator a uma pena de advertência e multa diária de R$ 50,00 (cinqüenta reais) a R$ 500,00 (quinhentos reais) por hectare ou fração da área de reserva legal.

5 art. 8º da Lei n. 4.771/65.

6 ANTUNES, Paulo de Bessa. ***Direito Ambiental.*** 5. ed. Rio de janeiro: Editora Lumen Júris, 2001, p. 293.

7 CRFB, art. 5º, inc. XXVIII.

8 § 8º do art. 16 da Lei n. 4.771/65.

9 Hipóteses previstas nos art. 2º e 3º da Lei n. 4.771/65.

10 Lei n. 9.985 de 18 de julho de 2000.

Já, nas zonas urbanas, essa importante função ambiental é exercida pelas denominadas áreas verdes, as quais são obrigatoriamente incluídas nos projetos de parcelamento do solo como parte integrante deste e indispensável à preservação da qualidade de vida e ao equilíbrio ambiental no meio ambiente urbano.[11]

Em razão do diferente perfil de ocupação do solo, em zona urbana, em relação à zona rural, prioritariamente, constituído por loteamentos, mediante o parcelamento e a divisão de glebas em lotes voltados à habitação, ao comércio e à indústria, é difícil compreender a permanência da figura da reserva legal nos centros urbanos, cuja ausência de correta adequação à nova realidade poderá incorrer na sua simples extinção, em detrimento do ambiente protegido.

Há de se observar, ainda, o risco do excesso de limitação do direito de propriedade na hipótese de acréscimo do instituto às infraestruturas essenciais e indispensáveis à aprovação dos empreendimentos voltados ao parcelamento do solo urbano, somando-se a reserva legal às áreas verdes, de uso comunitário e institucional, nos projetos de loteamentos, o que poderá gerar o direito à indenização, pelo proprietário, em relação ao Estado, em vista da excessiva restrição de uso de sua área.

Nessa linha de raciocínio, compreendemos que a preservação da reserva legal, na hipótese de inserção da gleba rural em que se encontre instituída, em zona urbana ou de expansão urbana, haverá de ocorrer mediante a transformação do instituto em área verde, por ocasião do parcelamento da gleba, inserindo-se, a tal título e nos mesmos limites e mesmas restrições, como requisito à aprovação do futuro empreendimento.

Ainda que o parcelamento do solo não abranja a integralidade da gleba, haverá de se estabelecer uma identificação percentual equivalente à da reserva legal, vinculando-se as novas matrículas àquela de origem, identificando-se a correspondência percentual de reserva às novas áreas verdes situadas nos novos loteamentos. Nesse aspecto, tanto poderá remanescer a reserva legal na sua área de origem como poderá ser transferida, proporcionalmente, para cada novo empreendimento, antes abrangido pela gleba, desde que respeitado, no todo, o percentual de 20% de reserva legal averbado na matrícula mãe. É importante e indispensável, para o controle ambiental da área protegida, que todas as matrículas novas façam referência à correspondente área ambiental protegida, hipótese em que se distribuirá a responsabilidade pela sua preservação, além do proprietário da gleba remanescente, aos novos empreendedores.

Conclui-se, portanto, que a preservação da área protegida, a título de reserva legal, em zona rural, por ocasião de sua inserção em zona urbana ou de expansão urbana, haverá de adequar-se às novas características do meio ambiente artificial urbano sem importar em excesso de limitação ao direito de uso e gozo da propriedade, situação esta possível mediante a modificação do instituto da reserva legal rural pelo instituto da área verde urbana. De se observar que a modificação do zoneamento municipal, muito embora possibilite a alteração do instituto da reserva legal rural – intimamente identificado, em vista de suas peculiares características, à zona rural –, para o instituto da área verde urbana, haverá de se manter inalterada as suas características ambientais, remanescendo, ainda que em zona urbana, a preservação da área nos moldes e restrições constantes no Código Florestal[12], apenas alterando-se a nomenclatura conceitual, garantindo-se, destarte, a qualidade de vida e o desenvolvimento urbano e sustentável das cidades.

[11] Em conformidade com o disposto no Decreto Estadual n. 5.835/02, haverá a necessidade de o loteador proceder a Termo de Averbação, no Cartório de Registro de Imóveis, da cobertura florestal existente correspondente a, no mínimo, 20% da área total do imóvel, quando necessitar de corte de vegetação, nos estágios médio ou avançado de regeneração.

[12] § 8º do art. 16 da Lei n. 4.771/65.

013

OS INSTRUMENTOS LEGAIS ALTERNATIVOS PARA A EFETIVAÇÃO DA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA DAS UNIDADES DE CONSERVAÇÃO DE PROTEÇÃO INTEGRAL

Alexandre Gaio[1] e Ana Paula Pina Gaio[2]

Promotores de Justiça/PR

Resumo: O artigo analisa os contornos básicos das unidades de conservação de proteção integral, a necessidade de suas regularizações fundiárias para a efetivação de suas funções ambientais em paralelo com a insuficiência da atuação do Poder Público para a consecução desse dever e, por fim, aborda instrumentos legais alternativos para promover a referida regularização fundiária, com especial destaque para institutos despenalizadores em crimes ambientais (transação penal e suspensão condicional do processo) e instituto de resolução extrajudicial de conflitos em matéria de danos ambientais (termo de ajustamento de conduta).

Palavras-chave: Unidades de conservação de proteção integral – Regularização fundiária – Insuficiência da atuação da Administração Pública – Instrumentos legais alternativos - Direito Ambiental.

Sumário: 1. Introdução – 2. Das unidades de conservação integral: espaço territorial especialmente protegido – 3. Da necessidade de regularização fundiária para a efetivação das unidades de conservação e da insuficência da atuação do Poder Público na consecução desse dever – 4. Dos instrumentos legais alternativos para a regularização fundiária das unidades de conservação de proteção integral – 5. Casos concretos – 6. Conclusões – 7. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O presente estudo aborda a criação, as finalidades e os contornos básicos das unidades de conservação de proteção integral e sua condição de espaço territorial especialmente protegido e da Lei nº 9985/2000 que criou o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC).

Em continuação, busca-se ingressar na seara da problemática da regularização fundiária nas unidades de conservação de proteção integral e do dever de indenização do poder público em respeito ao direito fundamental da propriedade, não obstante a primazia constitucional da proteção ambiental. Paralelamente, expõe-se a ineficiência do Poder Público que, mesmo possuindo diversos instrumentos legais, não concretiza de modo suficiente a referida regularização fundiária, deixando as unidades de conservação de proteção integral sem a devida efetivação.

Por fim, o presente estudo se propôs a apresentar instrumentos legais alternativos para a regularização fundiária de unidades de conservação de proteção integral, com especial enfoque aos institutos despenalizadores da transação penal e suspensão condicional do processo e a um dos institutos de resolução pacífica de conflitos no âmbito cível, o termo de ajustamento de conduta.

[1] Especialista em Direito Público pela UFPR. Promotor de Justiça no Estado do Paraná. Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais pela UMSA.

[2] Especialista em Direito Público pela UFPR e em Direito Penal nas Faculdades Curitiba, Promotora de Justiça no Estado do Paraná. Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais pela UMSA.

2. Das unidades de conservação integral: espaços territoriais especialmente protegidos

A Constituição Federal de 1988, nos dizeres de Antonio Herman Benjamin, inaugurou uma verdadeira ordem pública ambiental constitucionalizada, determinando a inversão do princípio civilistico/administrativo tradicional regente do Estado liberal, e fixando como parâmetro a ser adotado pela sociedade e pelo Estado, o dever genérico de defesa e preservação do meio ambiente, a observância dos princípios que estatuem a primariedade do meio ambiente e a exploração limitada da propriedade.[3] Dentre as obrigações de fazer determinadas pelo constituinte de 1988 ao Poder Público, na busca da necessária proteção ao meio ambiente, bem de uso comum do povo e, portanto, de titularidade difusa, está o dever de definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, com a vedação de qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção."[4] Como salienta Saint'Clair Honorato Santos, os espaços territorialmente protegidos são representativos de ecossistemas e, por tal motivo, merecem proteção especial.[5] Neste diapasão, 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, §4º, da CF/88.[6]

A Lei 9985/2000 – que instituiu o sistema nacional de proteção de unidades de conservação da natureza – SNUC – dividiu-as em unidades de proteção integral e unidades de uso sustentável. As primeiras permitem somente o uso indireto de seus recursos naturais, salvo as exceções previstas expressamente em lei, já que objetivam a preservação da natureza, enquanto que as segundas já compatibilizam o uso racional e sustentável dos recursos naturais que possuem com a conservação da natureza.[7]

A criação de uma unidade de conservação pelo Poder público é um ato administrativo vinculado, já que demanda a estrita observância de critérios determinados em lei, sendo que, ordinariamente, a criação das unidades de conservação de proteção integral acarreta a perda da propriedade pelo particular, o qual, ante essa expropriação, deve ser indenizado pelo Poder Público. Neste diapasão, tal dever de indenização pelo Poder Público decorre do direito fundamental de propriedade, o qual não se deve olvidar, já que mantém seu *status* constitucional e deve ser respeitado e garantido, não obstante inconteste a primazia constitucional da proteção ambiental.[8]

3. Da necessidade de regularização fundiária para a efetivação das unidades de conservação e a insuficiência da atuação do Poder Público na consecução desse dever

A efetivação dos espaços territoriais especialmente protegidos criados pelo Poder Público, dentre eles, as unidades de conservação, consagradas pela Lei nº 9985/2000, depende especialmente da regularização fundiária, não podendo se limitar à edição do ato normativo correspondente. Ressaltam-se, neste sentido, as ponderações de Andréa Vulcanis:

Somente com proprietários expropriados e indenizados com o apossamento público efetivo das áreas protegidas é que se pode realmente implementar os espaços territoriais protegidos, tal qual determina o texto constitucional. Há, flagrantemente, total incompatibilidade em reservar espaços especialmente protegidos e manter-se a propriedade particular nessas áreas, quando a lei e a categoria de manejo assim o determina. Para tanto, faz-se forçoso um processo célere de regularização fundiária que demanda recursos financeiros que deverão também suportar, além das indenizações, a implementação dessas unidades.[9]

---

[3] BENJAMIN, Antonio Herman V. Constitucionalização do Ambiente e Ecologização da Constituição Brasileira. *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro.* (Org.) José Joaquim Gomes Canotilho e José Rubens Morato Leite. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 121-124.

[4] Artigo 225, §1º, inciso III.

[5] SANTOS, Saint'Clair Honorato. *Direito Ambiental.* Curitiba: Juruá, 1999.

[6] SANTILLI, Juliana - A Lei 9985/2000, que instituiu o sistema nacional de unidades de conservação da natureza (SNUC): uma abordagem socioambiental. *Revista de Direito ambiental.* n. 40. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 83.

[7] De acordo com a lei do SNUC, o grupo das unidades de conservação de proteção integral é composto pelas seguintes categorias de unidade de conservação: Estação Ecológica, Reserva Biológica, Parque Nacional, Monumento Natural e Refúgio de Vida Silvestre. O grupo das unidades de conservação de uso sustentável abarca as seguintes categorias de unidade de conservação: Área de Proteção Ambiental, Área de Relevante Interesse Ecológico, Floresta Nacional, Reserva Extrativista, Reserva de Fauna, Reserva de Desenvolvimento Sustentável e Reserva Particular do Patrimônio Natural. (vide artigos 8º e 14 da Lei nº 9985/2000)

[8] Flavio Dino de Castro e Costa expõe que "a desapropriação (causa pública da perda da propriedade) só ocorre quando há a necessidade de se negar integralmente o direito de propriedade, isto é, quando o atendimento da função social obstaculizar totalmente o exercício dos poderes dominiais. Na seara ambiental, tal ocorre com a criação de parques (art. 5º da Lei 4.771/65 e Dec. 84.017/79), reservas biológicas (art. 5º da Lei 4.771/65), estações ecológicas (Lei 6.902/81), florestas nacionais (art. 5º da Lei 4.771/65 e Dec. 1.298/94), reservas extrativistas (Dec. 98.897/90), hortos florestais, jardins botânicos e zoológicos. Nestes casos, pode caracterizar-se a desapropriação indireta (apossamento administrativo)."
(COSTA – Flavio Dino de Castro e – Desapropriação em Matéria Ambiental. *Revista de Direito Ambiental.* n. 18. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 151)

[9] VULCANIS, Andrea. Doação em Áreas em Unidade de Conservação e Compensação Temporária da Reserva Legal. *Revista de Direito Ambiental.* n. 41. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 29.

Em que pesem os esforços constitucionais e legais para a urgente realização pelo Poder Público da regularização fundiária, este vem se omitindo no cumprimento de seu dever na busca da ordem pública ambiental, assumindo, indevidamente, uma posição inerte frente à sociedade, própria do Estado liberal, omitindo-se na realização das ações afirmativas que lhe foram determinadas na Constituição Federal de 1988 - fundadora de um verdadeiro Estado social - e nas legislações ordinárias correspondentes. Desta feita, há para o Poder Público duplo dever na busca da efetividade da criação das unidades de conservação de proteção integral, os quais são intransferíveis e devem ser observados concomitantemente: a proteção do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado através da efetivação destes espaços territoriais especialmente protegidos e a reparação do dano causado ao direito de propriedade do particular mediante pagamento de justa indenização.

Nesse particular, o artigo 36 da Lei nº 9.985/2000[10], em busca desta mesma finalidade, traz o instituto da compensação ambiental, determinando que na hipótese do empreendimento se apresentar de expressivo impacto ambiental, o empreendedor, a título de compensação do dano que causará ao meio ambiente, deverá destinar um percentual determinado pelo órgão ambiental competente para criação ou manutenção de unidades de conservação de proteção integral. Veja-se que a destinação da compensação ambiental é exclusiva para as unidades de conservação de proteção integral, ou seja, trata-se de um instrumento que visa conferir ao Poder Público recursos financeiros que corroborem às suas implantações efetivas.[11] O total destes recursos a serem destinados pelo empreendedor, na forma do § 1º do mesmo dispositivo legal, não poderia ser inferior a meio por cento do valor total do empreendimento.[12] O artigo 36 da Lei n.º 9.985/2000 foi objeto de ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Confederação Nacional da Indústria, a qual foi julgada parcialmente procedente, sendo que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade do sistema de compensação instituído pela referida legislação, de acordo com o princípio do poluidor-pagador, e declarou a inconstitucionalidade apenas do percentual mínimo de meio por cento do valor total do empreendimento. Desta forma, a Suprema Corte entendeu que a compensação ambiental estipulada na Lei n.º 9985/2000 é o instrumento adequado à defesa e à preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações.[13]

Veja-se que a compensação ambiental em questão deriva do princípio do poluidor-pagador, ou seja, aquele que instalará o empreendimento e, com isso, degradará de alguma forma o meio ambiente, deverá destinar recursos para a implementação e apoio das unidades de conservação de proteção integral. O Decreto nº 4340/2002, que regulamenta a Lei nº 9985/2000, determina, no seu artigo 33, que os valores advindos da compensação ambiental serão aplicados, em primeiro lugar, para a regularização fundiária e demarcação de terras nas unidades de conservação de proteção integral.[14]

---

[10] Regulamentada pelo Decreto nº 4340, de 22.08.2002.

[11] O artigo 36 da Lei nº 9985/2000 prescreve que: "nos casos de licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental, assim considerado pelo órgão ambiental competente, com fundamento em estudo de impacto ambiental e respectivo relatório - EIA/RIMA, o empreendedor é obrigado a apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação do Grupo de Proteção Integral, de acordo com o disposto neste artigo e no regulamento desta Lei."

[12] Art. 36. Nos casos de licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental, assim considerado pelo órgão ambiental competente, com fundamento em estudo de impacto ambiental e respectivo relatório - EIA/RIMA, o empreendedor é obrigado a apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação do Grupo de Proteção Integral, de acordo com o disposto neste artigo e no regulamento desta Lei.
§ 1º O montante de recursos a ser destinado pelo empreendedor para esta finalidade não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento, sendo o percentual fixado pelo órgão ambiental licenciador, de acordo com o grau de impacto ambiental causado pelo empreendimento."

[13] "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 36 E SEUS §§ 1º, 2º E 3º DA LEI Nº 9.985, DE 18 DE JULHO DE 2000. CONSTITUCIONALIDADE DA COMPENSAÇÃO DEVIDA PELA IMPLANTAÇÃO DE EMPREENDIMENTOS DE SIGNIFICATIVO IMPACTO AMBIENTAL. INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL DO § 1º DO ART. 36. 1. O compartilhamento-compensação ambiental de que trata o art. 36 da Lei nº 9.985/2000 não ofende o princípio da legalidade, dado haver sido a própria lei que previu o modo de financiamento dos gastos com as unidades de conservação da natureza. De igual forma, não há violação ao princípio da separação dos Poderes, por não se tratar de delegação do Poder Legislativo para o Executivo impor deveres aos administrados. 2. Compete ao órgão licenciador fixar o quantum da compensação, de acordo com a compostura do impacto ambiental a ser dimensionado no relatório - EIA/RIMA. 3. O art. 36 da Lei nº 9.985/2000 densifica o princípio usuário-pagador, este a significar um mecanismo de assunção partilhada da responsabilidade social pelos custos ambientais derivados da atividade econômica. 4. Inexistente desrespeito ao postulado da razoabilidade. Compensação ambiental que se revela como instrumento adequado à defesa e preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações, não havendo outro meio eficaz para atingir essa finalidade constitucional. Medida amplamente compensada pelos benefícios que sempre resultam de um meio ambiente ecologicamente garantido em sua higidez. 5. Inconstitucionalidade da expressão "não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento", no § 1º do art. 36 da Lei nº 9.985/2000. O valor da compensação-compartilhamento é de ser fixado proporcionalmente ao impacto ambiental, após estudo em que se assegurem o contraditório e a ampla defesa. Prescindibilidade da fixação de percentual sobre os custos do empreendimento. 6. Ação parcialmente procedente. (Adin 3378/DF – Rel. Min. Carlos Britto – j. em 09/04/2008 – DJe-112 em 20-06-2008 - Ement vol-02324-02 pp-00242)

[14] DECRETO Nº 4.340 DE 22.08.2002 - DOU 23.08.2002 Art. 33: A aplicação dos recursos da compensação ambiental de que trata o art. 36 da Lei nº 9.985, de 2000, nas unidades de conservação, existentes ou a serem criadas, deve obedecer à seguinte ordem de prioridade: I - regularização fundiária e demarcação das terras; (...)"

Não obstante a existência da compensação ambiental, tal instituto ainda não veio a ser aplicado de modo suficiente pelo Poder Público, já que é patente a atual pendência da regularização fundiária nas unidades de conservação de proteção integral, o que pode ser verificado rotineiramente por meio das notícias das práticas de danos ambientais nesses espaços territoriais e dos trâmites das ações judiciais de indenização propostas pelos proprietários/posseiros das áreas em comento.

4. Dos instrumentos legais alternativos para a regularização fundiária das unidades de conservação de proteção integral

Diante do relatado panorama de insuficiência da atuação do Poder Público para a resolução do problema da regularização fundiária das unidades de conservação de proteção integral, faz-se necessária a utilização de outros instrumentos legais que tenham o condão de auxiliar na consecução desse dever do Poder Público, mas sem que contrariem o direito fundamental ao meio ambiente.

Além da destinação de verbas que integram os fundos federais, estaduais e municipais do meio ambiente e de interesses difusos para a indenização dos proprietários de áreas que integram unidades de conservação de proteção integral, atribui-se especial destaque à possibilidade de utilização, para esta finalidade, das verbas oriundas de institutos despenalizadores (transação penal e suspensão condicional do processo) e de resolução pacífica de conflitos no âmbito extrajudicial (termo de ajustamento de conduta.

Os artigos 27 e 28 da Lei n.º 9605/98[15] admitem, respectivamente, a aplicação do instituto despenalizador da transação penal aos delitos ambientais de menor potencial ofensivo e do benefício da suspensão condicional do processo também aos delitos ambientais de menor potencial ofensivo e àqueles cuja pena mínima não supere a um ano.[16] Entretanto, a possibilidade do oferecimento da transação penal e da suspensão condicional do processo aos infratores ambientais dependerá também do atendimento de requisitos complementares previstos na legislação penal ambiental.

A transação penal é uma medida despenalizadora, consistente na proposta ao autor de um delito de aplicação de uma pena restritiva de direitos, cujo cumprimento integral impedirá o ajuizamento de uma ação penal e possibilitará a extinção de sua punibilidade. Este benefício somente é possível, na forma do artigo 76 da Lei n.º 9099/95 se, além dos requisitos subjetivos, ou seja, de mérito do agente, os delitos praticados sejam de menor potencial ofensivo, ou seja, que a pena máxima em abstrato a eles cominadas não supere a dois anos (artigo 61 da Lei n.º 9099/95). Contudo, no que tange aos crimes ambientais, a Lei nº 9605/98 trouxe outra condicionante ao oferecimento da transação penal, a prévia composição do dano ambiental, a qual segundo o artigo 27 deste diploma legislativo identifica-se com àquela prevista no artigo 74 da Lei n.º 9099/95. Registre-se que a composição do dano no tocante aos delitos ambientais assume outra roupagem, já que se despe do caráter de causa extintiva da punibilidade e passa à condicionante do oferecimento da proposta de transação penal.

A suspensão condicional do processo, benefício previsto no artigo 89 da Lei dos Juizados Especiais Criminais, mas não exclusivos dos delitos de menor potencial ofensivo, pois que possível desde que a pena mínima em abstrato cominada ao delito não supere a 01 ano, também consiste em instituto despenalizador, mas com incidência após o recebimento da ação penal. Trata-se de suspensão do curso do processo pelo período de dois a quatro anos, período no qual deverá o autor do delito cumprir integralmente as condições estipuladas na proposta para que, ao final do prazo, seja extinta sua punibilidade e, conseqüentemente, o processo criminal. Na hipótese da suspensão condicional do processo, a lei ambiental (Lei nº 9605/98) condicionou a extinção da punibilidade do infrator à efetiva e integral reparação do dano, a qual deve ser suficientemente comprovada, ou ao menos a comprovação de que o autor do crime tenha tomado todas as providências necessárias para tanto.

---

[15] Sobre o tema, explana Maurício Zanoide de Moraes: "Requisitos para oferecimento da transação penal: O artigo 27 da Lei 9.605/98 trouxe como novidades apenas dois aspectos a todo o debate sobre o instituto da transação penal: a) o requisito da prévia composição do dano ambiental (...) É medida extremamente salutar e consentânea com o determinado pelo legislador constituinte (art. 225, § 3º, da CF) que o causador de dano ambiental seja obrigado a recompô-lo do modo mais completo possível". (MORAES, Maurício Zanoide de. *Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial.* 7ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2001. p. 745)

[16] "Art. 27. Nos crimes ambientais de menor potencial ofensivo, a proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, prevista no art. 76 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, somente poderá ser formulada desde que tenha havido a prévia composição do dano ambiental, de que trata o art. 74 da mesma lei, salvo em caso de comprovada impossibilidade.
Art. 28. As disposições do art. 89 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, aplicam-se aos crimes de menor potencial ofensivo definidos nesta Lei, com as seguintes modificações: I - a declaração de extinção de punibilidade, de que trata o § 5º do artigo referido no caput, dependerá de laudo de constatação de reparação integral do dano ambiental, ressalvada a impossibilidade prevista no inciso I do § 1º do mesmo artigo; II - na hipótese de o laudo de constatação comprovar não ter sido completa a reparação, o prazo de suspensão do processo será prorrogado, até o período máximo previsto no artigo referido no caput, acrescido de mais um ano, com suspensão do prazo da prescrição; III - no período de prorrogação, não se aplicarão as condições dos incisos II, III e IV do § 1º do artigo mencionado no caput; IV - findo o prazo de prorrogação, proceder-se-á à lavratura de novo laudo de constatação de reparação do dano ambiental, podendo, conforme seu resultado, ser novamente prorrogado o período de suspensão, até o máximo previsto no inciso II deste artigo, observado o disposto no inciso III; V - esgotado o prazo máximo de prorrogação, a declaração de extinção de punibilidade dependerá de laudo de constatação que comprove ter o acusado tomado as providências necessárias à reparação integral do dano."

Veja-se que a proposta de transação penal consistirá em uma pena restritiva de direitos a ser cumprida pelo autor da infração penal sendo que, dentre elas, é prevista a prestação pecuniária, conceituada no artigo 45, §1º do Código Penal e no artigo 12 da Lei n.º 9605/98, como pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes, ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. A prestação pecuniária, portanto, pode ser destinada a uma entidade pública para utilização com uma finalidade social. Adicionando-se a isto, a proposta de transação penal, nos casos de prática de crimes ambientais, atendendo aos comandos constitucionais e legais acerca do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, há de conter uma finalidade ambiental, de forma a corroborar para a proteção ambiental que se almeja através da prevenção e repressão de condutas que a infrinjam, responsabilizando seus autores seja penalmente, civilmente ou administrativamente. Destarte, têm-se duas premissas: a proposta de transação penal deve consistir em uma pena restritiva de direitos que atenda a uma finalidade ambiental; a pena restritiva de direitos aplicada em virtude de uma transação penal pode consistir em uma prestação pecuniária em favor de uma entidade pública para uma finalidade social, leia-se, *in casu,* ambiental.

No que concerne ao tema em estudo, a regularização fundiária das unidades de conservação de proteção integral, a conclusão que advém das referidas premissas é a de que, praticado um crime ambiental, cuja pena máxima em abstrato não supere a dois anos, realizada a prévia composição civil do dano ambiental e preenchidos os demais requisitos previstos no artigo 76 da Lei n.º 9099/95, poderá ser oferecida uma transação penal ao autor da infração, consistente em prestação pecuniária, na forma de compra de hectares da área pertencente à unidade de conservação (quantidade e valores proporcionais à conduta delituosa e ao dano causado) e doação destes ao órgão gestor desta área de proteção integral (comumente os próprios órgãos ambientais).

Na suspensão condicional do processo, idênticas são as premissas e conclusões supramencionadas, referente à pena de prestação pecuniária para regularização fundiária nas unidades de conservação de proteção integral, pois que podem ser determinadas outras condições na proposta senão aquelas determinadas no artigo 89 da Lei n.º 9099/95, inclusive penas restritivas de direito quando necessárias e suficientes ao atendimento da finalidade ambiental.

Inconteste, assim, a possibilidade, importância e eficácia da utilização deste meio alternativo para a efetivação da regularização fundiária nas unidades de conservação de proteção integral nos instrumentos despenalizadores em estudo. Aqui se faz imprescindível notar que, na grande maioria dos crimes ambientais tipificados na Lei n.º 9605/98, há possibilidade de oferecimento de transação penal e/ou suspensão condicional do processo e, se adotada esta espécie de prestação pecuniária, poderá ser suprida significativa parcela da omissão do Poder Publico nesta tarefa.

O termo de ajustamento de conduta, por sua vez, trata-se de um instrumento de resolução extrajudicial de conflitos em quaisquer questões relativas aos interesses difusos e coletivos contidos na lei da ação civil pública (Lei nº 7347/85), inclusive na seara de proteção ao meio ambiente[17], em que os órgãos legitimados detêm a possibilidade de efetuar uma espécie de acordo com os responsáveis por atividades de degradação ambiental, seja em prática já consumada ou na iminência de ocorrer, para resolver ou eliminar as irregularidades apontadas em peças informativas ou procedimento administrativo próprio, sem que seja necessária a propositura de ação judicial. Vale destacar que o termo de ajustamento de conduta possui eficácia de título executivo extrajudicial, por força do disposto no próprio artigo 5º, § 6º, da Lei nº 7347/85 e no artigo 585, VIII, do Código de Processo Civil[18], ou, ainda, assumindo a condição de título executivo judicial se for submetido à homologação judicial, nos termos do artigo 475-N, inciso V, do mesmo diploma processual[19].

Os órgãos legitimados para tomar termo de ajustamento de conduta são o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal e demais órgãos públicos que, consoante Hugo Nigro Mazzilli, "ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos".[20] Importante ressaltar que, no termo de ajustamento de conduta ambiental, os órgãos legitimados não podem promover concessões quanto ao direito material lesado, ou seja, não podem deixar de exigir do degradador a adoção de todas as providências cabíveis para reparar e compensar os danos ambientais já perpetrados ou impedir a ocorrência ou continuidade desses danos.[21] Para tanto, pode-se ajustar "quaisquer tipos de obrigação, ainda que medidas compensatórias de natureza diversa das meras obrigações de fazer ou não fazer"[22].

---

[17] "Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: I - ao meio ambiente; (...) Art. 5º (...) § 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial."

[18] Art. 585. São títulos executivos extrajudiciais: (...) VIII - todos os demais títulos a que, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva.

[19] Art. 475-N. São títulos executivos judiciais: (...)V - o acordo extrajudicial, de qualquer natureza, homologado judicialmente;

[20] MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em Juízo.* 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

[21] Conforme explica Fernando Reverendo Vidal Akaoui, "em sede de compromisso de ajustamento de conduta, o Ministério Público e os órgãos públicos que possuem legitimação para obtê-lo possuem um poder/dever no sentido de, nele, abarcar todos os pedidos que seriam lícitos de serem feitos em ação civil pública." (AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. *Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental.* Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2003)

[22] MAZZILLI, Hugo Nigro. Idem. p. 310.

Assim, nas situações de existência de peças de informação, procedimentos administrativos ou inquéritos civis que noticiem a ocorrência de danos ambientais, os citados órgãos legitimados podem celebrar termos de ajustamento de conduta com pessoas físicas e/ou jurídicas responsáveis pela degradação ambiental, contemplando-se, além da reparação específica do dano por meio de restituição ao *status quo ante* do bem lesado, medidas compensatórias ou indenização pelo dano moral coletivo e danos materiais. José Rubens Morato Leite aborda a essência da necessidade de cumulação da reparação do dano ambiental com a compensação/indenização ao afirmar que "a natureza, ao ter suas composições física e biológica modificadas por agressões que ela não consegue tolerar, não pode jamais ser verdadeiramente restabelecida".[23]

Ora, na medida em que se pode fixar medidas compensatórias e indenização pelos danos ambientais causados em sede de termo de ajustamento de conduta, que devem necessariamente receber destinação com finalidade de preservação ambiental, apresenta-se plenamente viável que a indenização ou medida compensatória se consubstancie na aquisição de área integrante de unidade de conservação de proteção integral pendente de regularização fundiária e na sua doação ao seu órgão público gestor. Desta forma, utiliza-se de um instrumento legal alternativo àquele proposto no artigo 36 da Lei nº 9985/2000 (Sistema Nacional de Unidades de Conservação), para se promover a regularização fundiária das unidades de conservação de proteção integral e, por conseqüência, a sua real efetivação.

5. Dos casos concretos

Os referidos instrumentos legais alternativos para a regularização fundiária de unidades de conservação de proteção integral, recentemente, já foram aplicados pela Promotoria de Justiça da comarca de Altônia, de modo concreto, visando à regularização fundiária do Parque Nacional Ilha Grande[24].

A título ilustrativo, pode-se citar a situação de indústria (pessoa jurídica de direito privado), seus sócios-proprietários e administrador (pessoas físicas), denunciados pela prática do crime de poluição (artigo 54 da Lei nº 9605/98) pela Promotoria de Justiça da comarca de Altônia, que, após celebrarem termo de ajustamento de conduta, no âmbito cível, no que se refere à sua adequação às condicionantes ambientais devidas e a reparação do dano ambiental, aceitaram proposta de suspensão condicional do processo, no âmbito criminal, em que se fixou, dentre outras condições, a prestação pecuniária, consistente na aquisição, no prazo de 12 (doze) meses, de área de no mínimo 30 ha (trinta hectares) pela pessoa jurídica, e de área de no mínimo 12 ha (doze hectares) por cada pessoa física, integrante do Parque Nacional Ilha Grande e doação ao IBAMA com fins de regularização fundiária da referida unidade de conservação de proteção integral.[25]

Outro caso concreto de aplicação de instrumento legal alternativo para a regularização fundiária de unidade de conservação, foi a também recente celebração de termo de ajustamento de conduta com empresa poluidora, em sede de procedimento administrativo em trâmite na Promotoria de Justiça da comarca de Altônia/PR[26], em que esta se comprometeu, além da reparação dos danos ambientais, mas a título de compensação pela poluição atmosférica (mau odor) a que submeteu à comunidade local e pelo lançamento indevido de efluentes industriais sem o devido tratamento, à aquisição de área de 20 ha (vinte hectares) integrante do Parque Nacional Ilha Grande e doação ao IBAMA com fins de regularização fundiária.

6. Conclusão

a) uma vez que a efetivação das unidades de conservação de proteção integral depende especialmente da regularização fundiária, há possibilidade de utilização de instrumentos legais alternativos com essa finalidade, tais como os institutos despenalizadores da transação penal e suspensão condicional do processo e um dos institutos de resolução pacífica de conflitos no âmbito cível, o termo de ajustamento de conduta;

b) realizada a prévia composição do dano ambiental, nos termos do artigo 27 da Lei nº 9605/98, pode-se aplicar a prestação pecuniária como uma das penas restritivas de direito em sede de transação penal, ou como condição da suspensão condicional do processo, para a compra de área integrante de unidade de conservação de proteção integral, com a sua posterior doação ao órgão público responsável por sua gestão;

c) a mesma destinação é viável em sede de termo de ajustamento de conduta, na medida em que se pode fixar medidas compensatórias e indenização pelos danos ambientais causados;

---

[23] MORATO LEITE, José Rubens. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial.* 2ª ed. Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2003. p. 209.

[24] Unidade de Conservação Federal de Proteção Integral, criada na data de 30 de setembro de 1997;

[25] Ação Penal em trâmite no Juízo Criminal da comarca de Altônia/PR;

[26] Procedimento Investigatório Preliminar nº 03/98;

7. Referências bibliográficas

AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. *Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental.* Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2003

BENJAMIN, Antônio Herman. Reflexões sobre a hipertrofia do direito de propriedade na tutela da reserva legal e das áreas de preservação permanente. *Revista de Direito Ambiental,* n. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 41-60.

COSTA – Flavio Dino de Castro e – Desapropriação em Matéria Ambiental. *Revista de Direito Ambiental.* n. 18. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em Juízo.* 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial.* 7ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2001.

MORATO LEITE, José Rubens. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial.* 2ª ed. Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2003.

SANTILLI, Juliana - A Lei 9985/2000, que instituiu o sistema nacional de unidades de conservação da natureza (SNUC): uma abordagem socioambiental. *Revista de Direito ambiental.* n. 40. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 78-123.

SANTOS, Saint'Clair Honorato. *Direito Ambiental.* Curitiba: Juruá, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional.* São Paulo: Malheiros, 1994.

VULCANIS, Andrea. Doação em Áreas em Unidade de Conservação e Compensação Temporária da Reserva Legal. *Revista de Direito Ambiental.* n. 41. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 26-43.

014

O ESTABELECIMENTO DA PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE COMO POLÍTICA DE DIREITOS HUMANOS: REPERCUSSÕES NA EVOLUÇÃO DA TUTELA PENAL

José Godofredo Pires dos Santos

Promotor de Justiça / Especialista em Direito Ambiental pelo Núcleo de Altos Estudos Amazônicos da UFPA

1. INTRODUÇÃO

O Informe sobre a Situação Social do Mundo da Organização das Nações Unidas, datado de 1982, destacou que "há algumas grandes esferas de preocupação que são comuns a todos os países, tais como a contaminação que alcança níveis perigosos na água, no ar, no solo e nos seres vivos; a necessidade urgente de conservar os recursos naturais não renováveis; as possíveis perturbações do equilíbrio ecológico da biosfera, emergentes da relação do homem com o meio ambiente, e as atividades nocivas para a saúde física, mental e social do homem no meio ambiente por ele criado, particularmente no ambiente de vida e de trabalho". Tal preocupação, agravada diariamente pela necessidade cada vez maior do consumo de matéria e energia, pelo incremento da atividade industrial e pelo aumento vertiginoso das populações urbanas, transformou a tutela jurídica do meio ambiente em uma exigência mundialmente reconhecida.

De sorte, que a necessidade de proteger o ambiente de forma eficiente, redunda na possibilidade de garantir às presentes e futuras gerações a existência humana em um meio ambiente ecologicamente equilibrado, o que impõe aos Estados um dever, compartilhado com a própria sociedade, inserindo-se, portanto, no campo dos direitos humanos.

Esse novo direito fundamental foi reconhecido pela Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano de 1972 (Princípio), reafirmado pela Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992 (Princípio I) e pela Carta da Terra de 1997 (Princípio 4), além de ter sido inserido nas modernas Constituições de Portugal, Espanha e Brasil.

A urgente necessidade de instituir meios jurídicos de defesa do meio ambiente vem ensejando nos últimos anos, uma nova concepção do Direito Penal, calcada na repressão às condutas dos entes coletivos e com enfoque – de forma transversal – nos princípios que norteiam o Direito Ambiental propriamente dito.

Ocorre, que a interação entre o moderno Direito Ambiental e o tradicional e sedimentado Direito Penal, com seus princípios e métodos, vem ocasionando dificuldades de adequação da legislação daí resultante aos casos concretos, especialmente para os operadores do direito.

Entretanto, cada vez mais urge a ação do direito como instrumento de proteção ao meio ambiente, contextualizado na ótica de que, os problemas – e infrações – ambientais, ultrapassam os interesses meramente locais, para influenciar decisivamente na esfera global, onde os interesses coletivos e difusos devem ser referências, face ao voraz e ininterrupto processo de destruição das florestas, especialmente as tropicais úmidas, onde se evidenciam crimes perpetrados contra a fauna, flora e material genético.

As pesquisas na área ecológica apontam para a ocorrência de desertificação em áreas onde antes afloravam densas florestas, influenciando diretamente no clima do planeta. Dessa forma, a pesca predatória, a extração ilegal de madeira, o tráfico de animais silvestres, a ocupação indevida de áreas de preservação permanente, o contrabando de material genético, bem como, a utilização indevida do espaço urbano, são crimes corriqueiros e que fazem parte de nosso quotidiano.

Assim, emerge a necessidade de aplicar mecanismos de educação, repressão, fiscalização e controle de tais atividades, através do estabelecimento de uma política criminal para o setor, compatível com as modalidades criminosas e com a diversidade de crimes.

2. DIREITOS HUMANOS E MEIO AMBIENTE

Não há como deixar de ressaltar, que o conceito do que se convencionou denominar "direitos humanos", vem sendo historicamente modificado, sendo que tal avanço guarda relação com a concepção filosófica do papel do Estado e pelo entendimento teórico que revela a dicotomia Estado e sociedade.[1]

Assim, com a queda da estrutura do regime feudal, emergiram como resultado do pensamento liberal, o que se convencionou denominar Primeira Geração de Direitos, com estrita vinculação com a valoração da liberdade. Tais direitos humanos, quase sempre representavam garantias do cidadão, contra a ação indevida do Estado. Nesse diapasão, é possível constatar que muitos desses direitos guardam relação com garantias que sedimentam o Direito Penal, referentes a princípios como o devido processo legal, direito à ampla defesa e contraditório, dentre outros.

Especialmente com a eclosão das duas grandes guerras mundiais e o aumento vertiginoso da produção industrial, emergem os denominados Direitos Humanos de Segunda Geração, onde o principal valor a ser perseguido é a igualdade, revelando uma concepção de Estado socialista ou social democrata (*welfere state)*. Surgem assim, direitos relacionados ao sistema trabalhista, previdenciário e também vinculados ao direito à educação e saúde públicas. Os direitos, anteriormente de cunho estritamente civil, passam a ter caráter social.

O acúmulo das lutas sociais jogou por terra a crença de que, o desenvolvimento da ciência e o aumento do processo produtivo, pudessem ensejar a redenção para os problemas da humanidade (concepção que permeia tanto o Estado liberal como também o Estado social). A concentração de renda, as desigualdades sociais, alertaram para necessidade de uma redefinição de caráter ético das relações sociais, apontando para o surgimento dos Direitos Humanos de Terceira Geração, tendo como valor principal a solidariedade.

A dinâmica gerada pelos movimentos sociais apontou para a necessidade de estabelecer um confronto com o sistema predatório criado pela sociedade industrial: surgem os direitos difusos, com enfoque para a questão ambiental, infância e direitos meta-individuais

O modelo econômico, antes objetivando o aumento do processo produtivo, passa a ter como objetivo o chamado Desenvolvimento Sustentável.

O direito ambiental propriamente dito, emergiu e se sedimentou nesse contexto, configurado por princípios próprios, como o princípio da precaução, usuário-pagador, prevenção, etc.

A emergência do direito ambiental, como fruto da ação dos movimentos sociais, na área ecológica, que interferiram através de mecanismos de pressão em relação à formulação de políticas públicas, notadamente no que concerne ao legislativo, possibilitou no Brasil, o surgimento de uma legislação de caráter protetivo e representaram uma importante conquista, cujo ápice deu-se na elaboração da Constituição de 1988, que estabeleceu as linhas mestras para o surgimento de outras leis, referentes à questão ambiental.

No entanto, o que se evidencia com relação ao direito ambiental, é que apesar de constatarmos a existência de uma legislação teoricamente moderna e em muitos pontos avançada, o sistema Judiciário não consegue utilizar tais instrumentos quando da apreciação das questões ambientais. Com relação ao tema, assim se manifesta **Antunes** (1997): "Os processos judiciais que foram examinados nos permitem chegar a algumas conclusões e observações bastante interessantes. Em primeiro lugar, há que se notar que as ações civis públicas produzem resultados que não estão diretamente vinculados com aquilo que ficou decidido nos autos. O que se pode constatar foi que, na prática, a simples existência do processo teve o condão de movimentar os diversos atores em busca de soluções que, não raro, ultrapassam os limites do Judiciário. Em segundo lugar, o próprio judiciário ainda não logrou estabelecer mecanismo claro para tratar as ações civis públicas e, em razão disto, muitas vezes é superado pelos fatos."

Dessa forma, é possível reconhecer a necessidade da Justiça adequar-se aos novos rumos imprimidos pelo direito ambiental, posto que muitas vezes, necessário se faz, na aplicação do mesmo, entrar em conflito com regras clássicas do direito, historicamente construídas. Tal conflito, dentre outros fatores, emerge do fato do direito ambiental ser multidisciplinar, utilizando instrumentais teóricos de outras disciplinas e ciências, nem sempre próximas ao Direito, uma vez que o direito ambiental – como todas as questões ambientais – imprime necessariamente uma visão holística, incompatível com a análise positivista, que muitas vezes ataca os operadores do direito, que aplicam o direito como se a sociedade fosse estanque e evoluísse linearmente.

Os movimentos sociais representam a corrente modificativa da sociedade e sua atuação reflete necessariamente no modo pelo qual a sociedade dirime seus conflitos. Ou seja, a evolução do direito, vincula-se necessariamente a evolução do fato social, na medida em que se compreenda, que o arcabouço jurídico existente, não possibilita ao Estado fazer frente aos anseios e aspirações da sociedade.

A forma de apreensão da realidade pelo direito, nem sempre é compatível com a forma pela qual as demais ciências apreendem essa mesma realidade. O Direito Ambiental, fruto da terceira geração de direitos humanos, por utilizar uma visão holística, como dissemos, multidisciplinar, necessita de conceitos oriundos de outros ramos científicos para melhor compreender a realidade que quer trabalhar e conhecer. Em alguns momentos, necessário se

[1] Vide Rogério Portanova. "Direitos Humanos e meio ambiente: uma revolução de paradigma para o século XXI", *in* Anais do 6º Congresso Internacional de Direito Ambiental, de 03 a 06 de junho de 2002, organizado por Antônio Herman Bejamin. – São Paulo: IMESP, 2002. 840p.

faz despir-se da visão antropocêntrica que tanto caracteriza o direito, para inclusive incorporar a lógica própria da ecologia, entendendo a natureza como sujeito de direitos e não apenas como objeto. A ação humana insiste em estabelecer uma relação de dominação com a natureza, apropriando-se dela e não entendendo o homem como parte integrante da natureza, a ela incorporada. Por essa ótica, construiu-se um sistema jurídico historicamente incompatível com o direito ambiental, que conforme já dito, necessita de outras categorias para afirmar-se, muitas vezes distante do convencionalmente aceito pela ciência jurídica.

Em relação a tal impropriedade do direito, para lidar com as questões ecológicas e ambientais, **OST** (1997), ao falar da necessidade de redefinição do direito, assim se manifestou: "Globalidade, processualidade, complexidade, irreversibilidade, incerteza...De que forma seria possível ao direito a reapropriação de todos esses traços da ecologia? Levanta-se a questão da tradução da linguagem científica da ecologia para a linguagem normativa dos cientistas. Para traçar o limite entre o permitido e o proibido, instituir responsabilidades, identificar aqueles que têm direitos, determinar campos de aplicação de regras no tempo e no espaço, o direito tem o costume de se servir de definições com contornos nítidos, de critérios estáveis, de fronteiras intocáveis. A ecologia pede conceitos amplos e condições evolutivas; o direito responde com critérios fixos e com categorias que segmentam a realidade. A ecologia fala em termos de ecossistemas e biosfera; o direito responde em termos de limites e fronteiras: uma exibe o tempo longo, por vezes muito longo, de seus ciclos naturais; o outro impõe ritmo curto das previsões humanas."

No entanto, apesar das limitações clássicas do direito, as demandas ambientais, continuam a emergir, criando a cada dia novas necessidades de utilização do direito como mediador dos conflitos que afligem a sociedade moderna. Os movimentos sociais são parte imprescindível da tentativa de repensar o direito, posto que reivindicam a tutela jurídica (por vezes a própria tutela jurisdicional), para proteção de questões que corriqueiramente não integram o mundo jurídico tradicional.

Questões referentes à utilização de produtos cuja ação poluidora só pode evidenciar-se após o lapso de vinte ou trinta anos, como podem ser equacionadas pelo direito penal tradicional, posto que o crime de homicídio, em tese o que importa maior gravidade e pena, prescreve em vinte anos? Questões de territorialidade, igualmente noção fundamental, para efeito penal, como podem ser contempladas pelo direito ambiental, posto que as chuvas ácidas, ou nuvens de gases tóxicos, não respeitam fronteiras regionais ou nacionais? Qual a legitimidade de avocar direitos, cuja titularidade, em tese, pertenceriam às gerações futuras?

O que pode ser compreendido, no entanto, é a necessidade do direito em eleger novas categorias, para poder se adequar às demandas ambientais, de forma a admitir a possibilidade de utilização de sistemas e categorias oriundas de outros ramos científicos e de conhecimentos, no intuito de responder as novas demandas da sociedade.

Há de se ressaltar, contudo, que idêntico processo se estabeleceu na conquista de outros direitos inerentes à cidadania, como o direito do consumidor, direitos das crianças e adolescentes, dentre outros, que redundaram na formulação do Código de Defesa do Consumidor e Estatuto da Criança e do Adolescente, respectivamente, o que demonstra a possibilidade de influência da sociedade, na formulação e implementação de políticas públicas, fruto da influência dos movimentos sociais.

A Constituição Federal de 1998 é sem dúvida, um significativo exemplo do jogo de forças sociais que se deparam no seio da sociedade, com repercussões no direito. O direito é necessariamente uma ciência social e, ainda que tenha um método próprio de estudo, deve ampliar-se utilizando novas categorias emprestadas de outros ramos científicos.

Movimentos sociais, direito e Constituição – no caso brasileiro – no que se refere à questão ambiental, estão diretamente ligados. A elevação da questão ambiental à condição de princípio constitucional deve ser entendida como conquista da sociedade brasileira, quando da formulação da Carta Constitucional de 1988. Nesse diapasão, outros diplomas legais estão a emergir, igualmente trazendo para o direito novos conceitos e formas de interpretação da sociedade, pressionadas que são por novas demandas, notadamente na área ambiental, como por exemplo, a nova Lei de Crimes Ambientais.

A lição da Assembléia Nacional Constituinte, que redundou na formulação da Constituição de 1988, mostra que é possível a intervenção da sociedade civil organizada, na construção de um novo direito, que possa encaminhar a sociedade para um relacionamento mais próximo da natureza e das lições que tal relacionamento possa significar.

Naturalmente que o clássico direito penal, quando chamado a estabelecer instrumentos de proteção ao meio ambiente, também sofre a influência da referida nova geração de direitos, o que muitas vezes, enseja o estabelecimento de questões teóricas de grande complexidade, difíceis, por consequência, de se adequar ao caso concreto.

3. DIREITO PENAL E PROTEÇÃO AMBIENTAL

Não obstante, a despeito do avanço da proteção jurídica estabelecida em outras áreas do direito (civil e administrativo), a tutela penal do meio ambiente não vem conseguindo se adequar teoricamente às necessidades impostas na defesa do bem a que se pretende tutelar, posto que se encontra construída sob um arcabouço teórico que privilegia os direitos relativos a pessoa, enquanto que o direito ambiental se insere na categoria dos direitos difusos, privilegiando assim, a criminalização de condutas puramente individuais e deixando impune as ações programadas e planejadas contra o meio ambiente.

Questão bem mais complexa diz respeito à impropriedade dos institutos clássicos de direito penal, quando deparados com questões de natureza ambiental. Princípios como a territorialidade, aplicação da norma penal no tempo, individualização da conduta, dentre outros, tão caros ao direito penal, padecem de aplicabilidade quando confrontados com as situações fáticas de infrações contra a natureza, posto que tais institutos jurídicos obedecem a padrões relativamente fixos (categorias fixas), enquanto a dinâmica do meio ambiente, exige padrões mais "elásticos", uma vez que as manifestações dos fenômenos naturais nem sempre podem ser dimensionadas, exigindo sempre o auxílio de outros segmentos científicos, sem os quais, tornam-se inexeqüíveis as normas jurídicas, especialmente as penais.[2]

Com o advento da Carta Constitucional de 1988, a necessidade de tutelar de maneira mais efetiva o meio ambiente, foi elevada à condição de princípio constitucional, nos termos do art. 225 da Carta Magna, ao estabelecer que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo essencial à sadia qualidade de vida, estabelecendo ainda ser dever do Estado e da coletividade preservá-lo e defendê-lo para as presentes e futuras gerações. Mais do que isso, de forma inovadora e avançada, entendeu o constituinte de 1988, no parágrafo 3° do já citado art. 225, que as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente, sujeitarão os infratores, pessoas físicas e jurídicas a sanções penais.

Tal disposição constitucional ensejou a edição da lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, que, na linha estabelecida pelo texto constitucional, em seu bojo contempla a possibilidade de sanções penais à pessoa jurídica, além de criar novas figuras penais, mais compatíveis com o que hodiernamente ocorre.

A Nova Lei de Crimes Ambientais, como tem sido chamada, independentemente de seus erros ou acertos, avanços ou contradições, se diferencia do restante da produção legislativa que a antecedeu, por tratar o meio ambiente de forma mais orgânica, procurando harmonizar as tipificações penais. Além do mais, inova a Lei 9.605, ao estabelecer a possibilidade de responsabilizar penalmente a pessoa jurídica, seguindo diretriz firmada pela Constituição Federal de 1988. De toda sorte, a Lei 9.605/98 marca significativa alteração na trajetória do direito ambiental no Brasil.

Pela primeira vez, as sanções penais – na sua grande maioria – encontram-se condensadas em um único diploma legal, tornando a aplicação da lei ao caso concreto, mais apropriada e harmonizando os institutos, corrigindo dessa forma, certas distorções anteriormente existentes, procurando ainda, adequar os institutos penais ao princípio do desenvolvimento sustentável.

Dessa forma, a nova lei criou institutos mais adequados ao direito ambiental e por isso mesmo, com maior capacidade de tutelar de maneira mais apropriada o ambiente, no que se refere ao Direito Penal. "Considerada um divisor de águas em relação à legislação até então vigente, a Lei tem vários aspectos positivos: reconhece que o meio ambiente precisa ser protegido juridicamente e não somente por instrumentos administrativos e civis (como o licenciamento ambiental e a reparação do dano); sistematiza e moderniza os tipos penais referentes ao assunto (antes fragmentados no ordenamento jurídico brasileiro).[3]

Muitas das críticas levantadas contra a aplicação do direito penal na área ambiental são resultado do conservadorismo que envolve significativos setores relacionados aos operadores do direito, ou mesmo, fruto de uma repetição dogmática de princípios científicos que deram suporte teórico à doutrina penal ainda em vigor.

Como exemplo basilar da afirmação acima formulada, temos a questão da responsabilidade penal da pessoa jurídica, cuja rejeição teórica tem se tornado o principal "mote" no qual se entrincheiram os adversários da lei 9.605/98. É notório, que a elaboração do Código Penal em vigência, foi revestida dos mais modernos princípios de filosofia de direito e assentado na ciência jurídica que configurava inúmeros institutos igualmente modernos, se levarmos em consideração a produção intelectual da época. A contribuição de Nelson Hungria estabeleceu novos padrões para o direito penal, que ajudaram a propiciar uma visão mais avançada e humana do direto penal, com repercussões inclusive no plano internacional.

Não obstante, o Código Penal foi assentado em uma teoria que dava resposta para as questões enfrentadas pelo direito penal, na época de sua elaboração. Era compatível com o seu tempo.

O direito integra o leque das ciências sociais. Dessa forma, como ciência que é, seus princípios são dinâmicos e se alteram com as mudanças sociais, e seu interesse se modifica com a necessidade de atender a novas demandas, frutos de uma realidade social dinâmica e mutável. Somente as correntes influenciadas pelo positivismo, desconhecem a transformação do direito, frente a novas realidades sociais.

A criminalidade atual reflete um padrão mais difuso, e muitas vezes corporativa. Entretanto o direito penal permanece o mesmo, com estruturas teóricas que dificultam a ação do Estado no combate ao crime, posto que está assentado em uma base teórica que privilegia a noção de "conduta individual", que não enseja respostas a altura da criminalidade moderna.

A teoria que dá suporte ao direito civil, há muito que incorporou a possibilidade de haver transgressão de normas por parte de pessoa jurídica e não apenas pessoas físicas. A infração penal, na verdade, possui a mesma

---

[2] Ver François Ost, Faces do Trópico Úmido, p.85.

[3] RT INFORMA, ano I, nº 5, Editora Revista dos Tribunais, dezembro 1999/ janeiro 2000, p. 4

base ética da infração penal, qual seja: a transgressão de uma norma legal positiva. Não há razão, portanto, no plano teórico, para a rejeição pura e simples da possibilidade de imputação criminal às pessoas jurídicas, como disposto na Constituição de 1988 e na Lei de Crimes Ambientais. Necessário se faz, portanto, uma discussão de cunho científico para melhor embasar os argumentos utilizados pelas partes.

A dificuldade de aplicar o direito penal em casos concretos, aliás, não tem sido "privilégio" da área ambiental. Padecem da mesma falta de instrumentos teóricos, aqueles que combatem os crimes contra a ordem tributária, o direto societário, além dos crimes na área de informática e praticados através da rede mundial de computadores.

4. DIREITOS HUMANOS DE TERCEIRA GERAÇÃO E TUTELA PENAL AMBIENTAL

Os novos conceitos inseridos no direito penal como resultado da influência dos princípios norteadores do direito ambiental, podem ser entendidos como resultado do surgimento da terceira geração de direitos humanos, onde a necessidade de proteger o meio ambiente (direito difuso), deve ter prioridade – ou pelo menos ressaltados – quando confrontados com direitos estritamente individuais, alguns originários da primeira geração de direitos, referentes, em muitos casos, a questões de natureza penal.

Ocorre que a defesa do meio ambiente, quando exercida pelo direito penal, enseja impropriedades e inadequações que refletem a contradição já referida, da utilização de institutos jurídicos construídos teoricamente em um processo histórico, onde não se vislumbrava a existência dos direitos humanos de terceira geração, mais especificamente os direitos difusos. Tais contradições permeiam inclusive a aplicação prática do direito de modo geral.

ALESSANDRA RAPASI PRADO (1997), discorrendo sobre a matéria, afirma que "...ao reconhecimento de direitos individuais – respeitantes à liberdade do homem num sentido amplo, consistindo em faculdades ou atributos da pessoa, oponíveis ao Estado – foram se somando os direitos coletivos – nasceram abraçados ao princípio da igualdade", são direitos sociais, culturais e econômicos; coletivos ou de coletividades, e os direitos difusos – inspirados na solidariedade (ou fraternidade)". Dentre os direitos difusos, conforme já dito, insere-se o direito de todos a um meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado.

CAPPELLETTI (1975), fala da impropriedade em continuar aplicando um direito segundo a tradição individualística do modelo oitocentista, a atribuir direitos exclusivamente a pessoas individuais, em relação a demandas da sociedade industrial contemporânea e de massa, revelando ser necessário superar os instrumentos assentados na tradição liberalista, mesmo alguns historicamente constituídos.

No entanto, os instrumentos utilizados na tutela penal – referentes aos princípios da territorialidade, tempo do crime e individualização da conduta – encontram-se em descompasso com a natureza do bem a que se pretende proteger, emergindo dessa forma questões de natureza prática, relacionados, por exemplo, na possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica e transação penal para efeito de reparação do dano, dentre outros.

A aplicação do direito penal, frente a situações de infrações na área ambiental, coloca em xeque a teoria geral do direito penal, representada – no caso brasileiro – pela parte geral do Código Penal. Como prova, inicialmente convém ressaltar o princípio da territorialidade, estatuído no Digesto Penal. Crimes relacionados com poluição atmosférica podem ter sua origem em países vizinhos, porém seus efeitos danosos podem rapidamente se materializar em território nacional, ou vice-versa. Mesmo no plano interno, a aferição de competência pode ensejar problemas de grande questionamento jurídico. Da mesma forma, a questão pode se apresentar em crimes envolvendo contaminação de cursos d'água, mares costeiros, emissão de radiação, dentre outros inúmeros casos.

Com relação ao tempo do crime, o mesmo pode ser afirmado, com a agravante de que, muitas ações danosas ao meio ambiente, somente poderão ser efetivamente sentidas após anos ou mesmo décadas. Como entender, por exemplo, o instituto da prescrição?

Além do mais, emerge a dificuldade de ordem prática, para efeito de aplicação do Direito Penal na área ambiental, no tocante a delimitação das condutas supostamente criminosas, por parte do agente, posto que o Direito Penal, tradicionalmente centra a iniciativa na ação individualista.

Sob tal prisma **LECEY (2002)**[4], analisando o escopo dogmático do novo Direito Ambiental Penal, refere o estabelecimento de novo paradigma, ao afirmar que "No tocante ao bem-interesse protegido, o Direito Ambiental Penal difere sensivelmente da dogmática tradicional. Como acentua Ruan Bastos Ramirez, os bens próprios ao Direito Penal tradicional eram de fácil determinação, porque surgiam diretamente ligados à pessoa e sua ofensa se mostrava particularizada e precisa (dano à saúde, à vida, ao patrimônio do indivíduo). Tinham um caráter **microssocial,** referindo-se às relações de pessoa(s) a pessoa(s), sendo de fácil delimitação. Com a vida moderna e seu dinamismo, em especial no âmbito econômico, se chegou à configuração de bens jurídicos que não estão ligados diretamente à pessoa, dizendo mais com o funcionamento do sistema. É o caso de bens como a qualidade do consumo e do meio ambiente, dentre outros, bens jurídicos de determinação mais difícil, pelo que denominamos de bens difusos".

---

[4] Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: Efetividade na Realidade Brasileira. Eladio Lecey. Conferência proferida no 6° Congresso Internacional de Direito Ambiental. São Paulo, 3 a 6 de junho de 2002.

Assim, temos que referir que a danosidade social aumenta sobremaneira, atingindo – na expressão de Ramirez – o âmbito **macrossocial.**

MIALHE (1997), durante o Congresso Internacional de Direito Ambiental, atentou para a perspectiva de uma inovação do Direito Internacional, preocupado com a atualização dos instrumentos conceituais necessários para enfrentar os novos problemas que se colocam às diversas sociedades da comunidade internacional. Sob tal perspectiva, emergem conceitos como "indivíduo mundial", "solidariedade espacial" e "cidadania planetária", apontando para a necessidade de se estabelecer uma nova base teórica, onde a sanção penal esteja diretamente ligada à noção de direitos humanos, entendendo-se que diversos crimes contra o meio ambiente, possam ser considerados em verdade, contra a humanidade, ampliando o conceito de direitos humanos puramente individuais.

De igual modo, podemos encontrar a mesma preocupação, no pensamento de **HERMAN BENJAMIN e IVETE SENISE FERREIRA,** dentre outros.

Necessário se faz ressaltar, que a emergência do Direito Ambiental está historicamente relacionada à evolução do conceito de direitos humanos, que passam a ser entendidos não só como a necessidade que tem os homens ao direito, à liberdade e à igualdade, garantindo-lhes a proteção à integridade física, o direito de locomoção, a liberdade de expressão e associação, dentre outros, mas também que esse direitos devem ser exercidos em um meio ambiente ecologicamente equilibrado, entendendo esse como essencial à sadia qualidade de vida.

Emerge dessa forma, a necessidade de uma redefinição teórica do direito penal, objetivando utilizá-lo em benefício da tutela do ambiente, face à supremacia dos interesses sociais (difusos) quando em oposição aos direitos meramente individuais, para efetiva garantia do disposto – no caso brasileiro – do direito humano ao meio ambiente saudável, nos termos do Art. 225 da Constituição Federal.

Na prática, emerge uma lacuna entre a legislação positiva e a realidade fática, por vezes inviabilizando a tutela penal do meio ambiente. Tem se tornado lugar comum – dentre os operadores do direito – a constatação de que o sistema judiciário não atenta para a natureza do direito penal ambiental, inserido que está na condição de direitos humanos, privilegiando a aplicação contra o indivíduo, penalizado quase sempre o excluído socialmente, que se utiliza do bem ambiental como forma de sobrevivência.

A natureza do bem ambiental, que não obedece a fronteiras políticas firmadas ou convencionadas entre os Estados, reforça a necessidade de cada vez mais ser necessário estabelecer uma legislação penal de caráter internacional, conjugando forças dos aparelhos policiais e judiciais, como fruto de cooperação internacional, sob a égide de organizações de cunho mundial, como ONU, FAL, etc. Torna-se imperioso, portanto, socorrer-se de instrumentos normativos de direito público internacional, mediante a adoção de tratados e convenções que possam nortear uma política criminal para a defesa do meio ambiente.

Assim, o caráter internacional do direito penal, quando aplicado à defesa ambiental, reforça o entendimento de que, o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito de todos os homens, compreendido, portanto, na condição de direitos humanos.

O caráter global das infrações perpetradas contra o meio ambiente, igualmente recomendam uma ação articulada dos Estados, em face da natureza do bem juridicamente tutelado e suas repercussões na vida do planeta.

Convém ressaltar, entretanto, que o direito penal não pode ser privilegiado como instrumento de proteção ao ambiente. Em regra, a ocorrência do crime pressupõe a materialização do dano, para efeito de tipificação penal. Ou seja, a ação da norma permite responsabilizar o autor da ação. A ação do direito civil e do direito administrativo podem facilmente ser direcionadas para evitar a ocorrência do dano ou das condições anteriores necessárias para a materialização da ocorrência, atendendo assim ao princípio básico e fundamental do direito ambiental que é o princípio da precaução, entendido como a prioridade que se deve ser dada às medidas que evitem o nascimento de atentados ao ambiente, conforme a definição de **MILARÉ** (2001).

Assim, partindo da premissa de que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um dos direitos fundamentais da pessoa humana, conforme aceito pela Constituição Brasileira de 1988, por si só justifica o estabelecimento de sanções penais contra condutas praticadas contra ele. Entretanto, insiste ainda **MILARÉ,** deve o direito penal ser assim usado como *extrema ratio,* ou melhor, em *ultima ratio,* "chamada apenas a intervir nos casos em que as agressões aos valores fundamentais da sociedade alcancem o ponto de intolerável ou sejam objeto de intensa reprovação do corpo social".[5]

5. CONCLUSÕES ARTICULADAS

1 – A emergência do Direito Ambiental Penal está necessariamente relacionada à evolução do conceito de direitos humanos, que passam a ser entendidos não só como a necessidade que tem os homens ao direito à liberdade e igualdade, mas também pelo direito a exercê-los em um meio ambiente ecologicamente equilibrado, incorporando o conceito de direitos difusos e coletivos.

---

[5] Direito do Ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 441.

2 – Os institutos clássicos do direito penal revelam impropriedades quando confrontados com infrações de cunho ambiental, posto que foram erigidos sob um arcabouço teórico, onde não se vislumbrava a existência dos direitos difusos e coletivos, daí resultando uma inadequação quando aplicados ao caso concreto.

3 – A sociedade brasileira não pode deixar de considerar a importância do Direito Ambiental Penal, como relevante instrumento na defesa do meio ambiente, não somente pelo seu caráter de resposta social, como também pela sua utilização como instrumento de prevenção e precaução.

4 – O caráter global dos bens ambientais e, portanto, sua relevância para a humanidade, inclusive como necessários à manutenção da vida no planeta, induz à necessidade de estabelecer normas internacionais, no campo do Direito Ambiental Penal, fruto de acordos, tratados e convenções internacionais.

5 – O Direito Penal possui papel relevante – mas não primordial – como instrumento de defesa do meio ambiente, sendo necessário estabelecer uma legislação mais apropriada (não mais severa) aplicável às ações pertinentes ao meio ambiente, inclusive para que ele possa ser mais eficaz.

6. BIBLIOGRAFIA

Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Lei 9.605/98. São Paulo: IBCCrim 65, Abr., 1998.

BITTENCOURT, Sidney. *Comentários à nova Lei de crimes contra o meio ambiente e suas Sanções administrativas.* Rio de Janeiro: Temas e Idéias, 1999.

CASTRO, José Carlos. *A utopia política positivista e outros ensaios.* Belém: Cejup, 1999.

Congresso Internacional de Direito Ambiental, 2°, 1997, São Paulo. Anais... São Paulo, Instituto o Direito por um Planeta Verde, 1997.

Congresso Internacional de Direito Ambiental, 6º, 2002, São Paulo. Anais...São Paulo, Instituto o Direito por Um Planeta Verde, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos.* São Paulo: Saraiva, 1999.

FIORILLO, Celso Antônio; ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *Manual de Direito Ambiental e legislação aplicável.* São Paulo: Max Limonad, 1997.

FERREIRA, Amadeus Lopes. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica na nova lei da Natureza. Revista da Associação Paulista do Ministério Público.* São Paulo: APMP, n° 16: 47 – 48, 1998.

FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza.* 5ª Ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Celeste Leite dos Santos Pereira. *Crimes contra o meio ambiente: responsabilidade e sanção penal.* 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito ambiental brasileiro.* 7ª ed., atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 1999.

MATEO, Ramón Martín. *Manual de Derecho ambiental.* 2ª ed. Madri: Editorial Trivium, 1998.

MILARÉ. Édis. A nova tutela penal do Ambiente. *Revista de Direito Ambiental.* São Paulo: Revista dos tribunais, n° 16: 90-134, 1999.

MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente.* 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

OST, François. Ecologia e direito: qual o diálogo. In *Faces do trópico Úmido: conceito e Questões sobre desenvolvimento e meio ambiente.* Castro, Edna; Pinton, Florence (org), Belém: Cejup: UFPA-NAEA, 1997.

VIEIRA, Liszt. Constituição e meio ambiente: as raízes e o sonho. In: *Ecologia e Política no Brasil.* 2ª ed. Pádua, José Augusto (org.). Rio de Janeiro: Espaço e Tempo: IUPERJ, 1997.

018

A SINGULARIDADE DO PRAZO DE DEFESA PRÉVIA DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Karina Gomes Cherubini

Promotora de Justiça/BA

1. INTRODUÇÃO

A especialidade da fase inicial do procedimento da ação de improbidade traz uma consequência em termos de prazo processual que não tem sido enfrentada pela doutrina e pela jurisprudência: a fixação de prazo expresso de quinze dias para apresentação da defesa prévia, com prevalência sobre os prazos e forma de contagem ditados pelo Código de Processo Civil.

2. O PROCESSO JUDICIAL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Segundo o artigo 17, *caput*, da Lei nº 8.429/92, a ação de improbidade terá rito ordinário. Apesar de tal dispositivo, a doutrina tem se inclinado a sustentar que o rito da ação de improbidade é, em verdade, especial, até a fase de defesa prévia. Após esta, sim, haveria a ordinarização do rito.

Nesse sentido, CARLOS FREDERICO BRITO DOS SANTOS diz que o artigo 17 da LIA, apesar de afirmar que ação principal terá o rito ordinário, foi transformado, indubitavelmente, em rito especial, com as alterações promovidas pela Medida Provisória n.º 2.088-39, de 26/04/2001, que previu uma fase de admissibilidade da petição inicial.[1]

Para o autor, se o rito da ação de improbidade fosse o ordinário, a regularidade da inicial já propiciaria a determinação da citação pelo juiz. No entanto, no procedimento especial estabelecido na Lei nº 8.429/92, a citação decorrerá do ato de recebimento da peça inaugural, ultrapassado o juízo de admissibilidade. [2]

PAZZAGILINI não diverge desse entendimento, ao sustentar ser "induvidoso que o processo civil de conhecimento referente à improbidade administrativa concretiza-se ou exterioriza-se por meio de procedimento especial de jurisdição contenciosa". Para ele, a ação civil de improbidade administrativa caracteriza-se pela especialidade de seu rito processual [3], tanto que enumera outras razões pelas quais compreende ser o rito da Lei nº 8.429/92 especial:

> "O artigo 17, em sua redação original, já contém norma procedimental diversa da prevista no procedimento ordinário, ou seja, a proibição de transação, acordo ou conciliação (art. 17, §1º). Ao depois, com a nova redação dada ao §3º do mesmo dispositivo, restabeleceu-se outra regra procedimental própria, distinta da prevista no procedimento ordinário, no que tange à participação das pessoas jurídicas interessadas na relação processual quando a ação de improbidade administrativa for proposta pelo Ministério Público".[4]

Igualmente para CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, a ação de improbidade administrativa é uma ação de procedimento especial[5], posto que passou a apresentar uma peculiaridade procedimental inicial, se comparada com as ações de procedimento comum ordinário, tais quais reguladas pelo Código de Processo Civil, em seu artigo 271.

---

[1] SANTOS, Carlos Frederico Brito dos. **Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 108.
[2] Idem, obra citada, p. 120.
[3] PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada**. São Paulo: Atlas, 2002, p.165.
[4] Idem, obra citada, p.165
[5] BUENO, Cássio Scarpinella. O Procedimento Especial da Ação de Improbidade (Medida Provisória 2.088). **Improbidade Administrativa. Questões Polêmicas e Atuais**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 148

Por fim, merece referência o entendimento de Dirceu Gênis Pinheiro:

> "Conquanto a Lei nº 8.429/92 tenha se referido ao rito ordinário, ela própria consagrou algumas disposições especiais (as atinentes aos §§ 6º a 11 – do art. 17 –supramencionados) que peculiarizaram a ação de responsabilidade por improbidade administrativa, apartando-a do rito comum".[6]

Isto ocorreu porque a Lei de Improbidade Administrativa sofreu modificações, entre outras, por força da medida provisória responsável pela inclusão do §7º no seu artigo 17, com previsão de uma fase de defesa preliminar, antes do recebimento da ação inicial, *in verbis*:

> § 7º Estando a inicial em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do requerido, para oferecer manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de quinze dias.

Para MARCATO, a existência do procedimento especial decorre, via de regra, da necessidade de ajuste da forma ao objeto da ação, já que a natureza, a feição e a estrutura peculiares de determinados direitos substanciais impõem e exigem formas e ritos especiais para o processo onde são debatidos, posto que os ritos comuns seriam inadequados para dar vida e expressão jurisdicionais a tais direitos. "É a fisionomia especial do rito que impõe uma forma especial de procedimento", diz, citando Alberto dos Reis[7].

Contudo, se a especialidade resulta de uma peculiaridade pertinente à relação jurídica material controvertida, da necessidade de uma tutela jurisdicional mais rápida ou de circunstâncias meramente históricas[8], a alteração do rito da Lei de Improbidade amparou-se na derradeira justificativa.

Como assevera CARLOS FREDERICO BRITO DOS SANTOS, diante do clamor da mídia e da classe jurídica, bem como o impacto causado pela propositura da ação direta de inconstitucionalidade, ADIn nº 2.384-5-DF, o Governo Federal teve de recuar na reedição da Medida Provisória nº 2.088-35, de 27 de dezembro de 2000, conhecida como Lei da Ameaça ou Lei da Mordaça. Depois da remoção do que havia de pior, restou a introdução, na LIA, do chamado juízo de admissibilidade da petição inicial da ação civil pública por improbidade administrativa[9].

Para CASSIO SCARPINELLA BUENO, "o verdadeiro intento do Executivo Federal em modificar a lei de improbidade administrativa era a criação de mecanismo suficientemente eficaz para incutir receio (para não usar a palavra *medo*) na propositura de ações de improbidade administrativa, principalmente pelo Ministério Público"[10].

De toda sorte, a fase inicial do processo de improbidade administrativa poder ser vista muito mais como uma garantia para a jurisdição – de evitar o nascimento de uma relação processual destituída de justa causa – do que um mecanismo de defesa do agente público ou de garantia ao contraditório, que será desenvolvido amplamente no desenrolar do processo, após o recebimento da petição inicial. [11]

A adoção do procedimento especial, de certa forma, deveria atender ao movimento ou tendência descritos por OVÍDIO A. BATISTA DA SILVA, de superação do rito ordinário, porque este, se de um lado traz a vantagem de conter uma demanda plenária, capaz de trazer para o processo todo o conflito de interesse qualificado da lide, de outro caracteriza-se por ser extremamente moroso e complicado, inadequado às novas exigências de uma sociedade urbana de massa[12].

Assim, passam-se a buscar formas de tutelas diferenciadas, que propiciem o uso da ação adequada para cada lide e que consolidem a função eminentemente instrumental do processo.[13] Vale a pena transcrever seu entendimento:

> "Os defeitos e inconveniências do procedimento ordinário mais se destacam, porque, além de sua natural morosidade – que o transforma em instrumento processual de índole conservadora, enquanto preserva às vezes por longos e longos anos o *status quo* anterior à propositura da demanda – funda-se ele igualmente num outro princípio herdado do liberalismo do século XIX, qual seja a existência de um magistrado destituído de quaisquer poderes para intervir no objeto litigioso (...)[14]

---

[6] PINHEIRO, Dirceu Gênis. Lei de improbidade administrativa. Aspectos processuais relevantes e os reflexos do julgamento final da Reclamação nº 2138 do Supremo Tribunal Federal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1976, 28 nov. 2008, acesso em 14 set 2009.

[7] MARCATO, Antonio Carlos. **Procedimentos Especiais**. 2.e. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 24.

[8] Idem, obra citada, p. 23

[9] SANTOS, Carlos Frederico Brito dos, obra citada, p. 118

[10] BUENO, Cássio Scarpinella, p. 158

[11] QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. Algumas reflexões sobre a fase de defesa preliminar no Processo de Improbidade Administrativa. **Boletim dos Procuradores da República** nº 76. Set 2007. Disponível em <http://cdij.pgr.mpf.gov.br/boletins-eletronicos/alerta-bibliografico/alerta76/imagens/publicacoes/publicacoes/PUB03.pdf>. Acesso em 16 set 2009.

[12] SILVA, Ovídio A. Batista. **Curso de Processo Civil**, vol. 1, 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 117.

[13] Idem, obra citada, p. 117.

[14] Idem, obra citada, p. 120

A modificação no rito da Lei de Improbidade Administrativa, com sua ordinarização após o contraditório prévio[15], não representa nenhuma inovação em termos de técnica legislativa adotada pelo Código de Processo Civil[16].

Tanto que, para MARCATO[17], é bastante frequente que outros procedimentos cíveis sejam inicialmente especiais, para depois, a partir de um determinado momento, aderirem ao rito ordinário, que vigorará até o provimento final, como ocorre com as ações possessórias e a ação de depósito.

Abstraídas as particularidades históricas que influíram para a modificação do rito da ação de improbidade administrativa, a existência de uma forma própria de procedimento dá-se, para cada categoria de processo, com o intuito de alcançar de maneira mais justa, idônea e útil seu fim.[18]

A especialidade, via de regra, resulta das próprias características que envolvem o litígio submetido à apreciação jurisdicional, assim como das exigências das pretensões nele contidas.[19]

Contudo, quando o regramento especial não prevê todas as situações possíveis, podem-se buscar subsídios nas normas gerais, às quais incumbe o papel de "enchedores das lacunas da lei no trato de outros processos, na medida em que não lhes apague a especialidade"[20].

Dessa forma, os procedimentos sumários e especiais são utilizados nas hipóteses de lesões ou situações específicas de direito material previstas no Código de Processo Civil ou em legislação especial. Às matérias não contempladas expressamente com procedimento sumário ou especial, aplica-se o procedimento de conhecimento ordinário ou comum.[21]

Por tal razão PINHEIRO sustenta que a demanda principal de improbidade administrativa deve seguir o procedimento comum ordinário, nos termos do *caput* do artigo 17 da Lei nº 8.429/92, de forma subsidiária, ou seja, no que for compatível com os seus comandos procedimentais peculiares.

Sendo assim, não há fundamento que sustente que o prazo de quinze dias, previsto para fins de defesa prévia na ação de improbidade, deva ser contado em dobro, quando houver mais de um notificado, por analogia ao artigo 191 do Código de Processo Penal ou mesmo por aplicação subsidiária desse dispositivo legal.

Isto porque o artigo 191 do Código de Processo Civil, geral em relação ao prazo previsto na LIA, aplica-se na existência de **réus** e de **contestação**, fazendo com que o prazo desta seja contado em dobro se houver mais de um réu com procuradores diferentes. Este não é o caso, pois a ação de improbidade não foi recebida, ainda, na fase da defesa prévia. Haverá contestação, réus e litisconsórcio, tecnicamente, somente após o recebimento da ação e a ordem de citação.

Dessa forma, o prazo para a defesa prévia é individual, de quinze dias e não pode ser contado de forma global ou conjunta para os notificados, mesmo que tenham procuradores diferentes. Deve ser contado para cada notificado, **de per si**.

Neste ponto, discorda-se, com todo o respeito do seguinte julgado, inclusive por argumentos a ele intrínsecos, que serão grifados:

> TRF5 - Agravo de Instrumento: AGTR 63033 CE 2005.05.00.022072-3
> Relator(a): Desembargador Federal José Baptista de Almeida Filho
> Julgamento:21/11/2005
> Órgão Julgador: Segunda Turma
> Publicação: Fonte: Diário da Justiça - Data: 13/12/2005 - Página: 576 - Nº: 238 - Ano: 2005
> Ementa
> AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. LEI DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RITO ORDINÁRIO (ART. 17, CAPUT DA LEI 8429/92). PRAZO PARA MANIFESTAÇÃO 15 DIAS (ART. 17, PARÁGRAFO 3). LITISCONSORTES COM PROCURADORES DISTINTOS. BENEFÍCIO DO PRAZO EM DOBRO PREVISTO NO ART. 191 DO CPC. APLICABLIDADE. NULIDADE DO ATO DE CITAÇÃO. INTRANSFERIBILIDADE DOS BENS. MANUTENÇÃO DA MEDIDA DE CARÁTER MERAMENTE ACAUTELATÓRIO. - À leitura do caput do art. 17 da Lei nº 8429/92, onde se impõe o rito ordinário à Ação de Improbidade, **forçoso concluir que se deve partir da premissa geral de que os institutos do procedimento ordinário previstos no CPC haverão de ser aplicados à ação de improbidade naquilo em que não lhe contrariar, e que as exceções deverão**

[15] GARCIA, Emerson, ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**.2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p.787
[16] Idem, obra citada, p. 781
[17] MARCATO, obra citada, p. 23
[18] PAZZAGLINI FILHO, obra citada, p.164
[19] MARCATO, obra citada, p. 24
[20] Pontes de Miranda, apud THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. vol I. 8.e. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 331
[21] PAZZAGLINI FILHO, obra citada, p. 164

> **comparecer no texto de forma expressa.** - Em linha de consequência, é de ser estendido ao prazo de notificação da Lei da Improbidade o benefício previsto no art. 191 do CPC, o qual assegura a contagem do prazo em dobro para a parte falar nos autos quando os litisconsortes tiverem diferentes procuradores. Em caso de dúvida, as normas legais que visam a assegurar a aplicação de direitos e garantias fundamentais devem ser interpretadas *ad amplianda* e em conformidade com os demais princípios constitucionais. O benefício de prazo justifica-se e melhor se amolda ao princípio da isonomia e do contraditório, pois há mais dificuldades para os litisconsortes praticarem os atos processuais quando são representados por advogados distintos. A determinação de intransferibilidade dos bens é de natureza cautelar e não se confunde com o mérito da ação. Bem por isso poderia ser concedida *inaudita altera parte*, como o foi, independentemente, portanto, do recebimento ou não das manifestações do agravante na ação, não havendo, assim, relação de causa e consequência que possa ensejar a nulidade do ato que a determinou por haver-se anulado o ato citatório. - Agravo de instrumento parcialmente provido.

Há previsão expressa de prazo no §7º do artigo 17 da Lei nº 8.429/92 como sendo de **quinze dias.** Portanto, se a lei menciona que este é o prazo, os institutos do procedimento ordinário previstos no Código Geral do Rito, sobretudo o prazo em dobro de seu artigo 191, não podem ser aplicados à ação de improbidade contrariando seu texto expresso.

Por derradeiro, não serve o argumento de que a contagem especial de prazo atenta contra a isonomia, ampla defesa e o contraditório. Primeiramente, porque cada notificado terá dois momentos para se defender, na fase preliminar e na fase ordinária, quando da contestação. Em segundo lugar, porque cada um terá o idêntico prazo de quinze dias. Em terceiro lugar, porque assim como a falta de notificação para defesa prévia é nulidade relativa, que deve ser alegada na contestação, sob pena de preclusão[22], a falta de defesa prévia, em si, mesmo com notificação efetuada, não traz consequências para o notificado. Mesmo que não venha aos autos, poderá o magistrado deixar de receber a ação de improbidade, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita (Lei nº 8.429/92, art. 17, §8º).

Ademais, se em processos penais, onde o bem maior que pode sofrer constrição é a própria liberdade, nunca se cogitou de que a contagem individual dos prazos, para cada réu, atente contra isonomia, ampla defesa e contraditório, não há razão lógica para sustentar que isso ocorra nos processos cíveis. Ao contrário, a consideração independente da atuação processual de cada réu contribui para maior celeridade e o alcance do princípio da razoável duração do processo.

Por sinal, os réus em processo civil já contam com um benefício a mais, em termos de prazo, que não ocorre na seara processual penal, qual seja, o início da contagem de prazo para contestação somente da juntada do aviso de recebimento do correio ou do mandado citatório cumprido aos autos e, não, da data de sua ciência ao ato de citação, aposta no documento (CPC, art. 241). Quando for mais de um réu, então, o prazo somente começa a correr da data de juntada aos autos do último aviso de recebimento ou mandado citatório cumprido, circunstância que amplia, significativamente, seu prazo de resposta.

Não é por outra razão que DANIEL INDRUSIAK, membro do Ministério Público do Rio Grande do Sul, ao comentar o princípio da celeridade, afirma que o legislador deveria ter mudado os ritos processuais, suprimido recursos e prazos excessivos, posto que alguns deles funcionam como instrumentos anacrônicos e que contribuem para prejudicar a celeridade. E exemplifica com o próprio processo de improbidade, mencionando a situação hipotética de um processo com vinte pessoas a serem notificadas para defesa prévia, estando uma delas fora do país: "a demora passará, certamente, de seis meses, apenas nesta fase. É necessário que se dê uma dinâmica diferenciada para este tipo de expediente, sob o comando do princípio da celeridade".[23]

Dessa forma, o artigo 17, §7º da Lei de Improbidade Administrativa merece uma releitura como fase especial do rito que é, sem se buscar subsídios nas normas do procedimento ordinário, em face das quais, a exemplo dos artigos 191 e 241 do Código de Processo Civil, muitas vezes, fica comprometida a celeridade processual. As normas gerais do rito ordinário só se aplicarão depois do recebimento da ação de improbidade, vencida a fase preliminar.

3. CONCLUSÕES

a) A partir da introdução de uma fase de defesa prévia, anterior ao recebimento da ação, o rito da ação de improbidade administrativa passou a ser inicialmente especial, ordinarizando-se após o juízo de prelibação positivo.

---

[22] QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. Obra citada.

[23] ROMAIS, Célio. Princípio da celeridade em discussão. **Ministério Público do Rio Grande do Sul.** Porto Alegre, 26 nov 2007. Disponível em <http://www.mp.rs.gov.br/imprensa/noticias/id12710.htm>. Acesso em 16 set 2009.

b) O prazo para apresentação da defesa prévia, ditado pelo §7º do artigo 17 da Lei de Improbidade Administrativa, é prazo especial, que prefere às normas gerais do Código de Processo Civil.

c) Como prazo especial, os quinze dias de defesa prévia devem ser contados para cada notificado, independente da atuação dos demais ou da existência de procuradores diferentes.

d) O prazo em dobro para contestação, nas hipóteses previstas no artigo 191 do Código de Processo Civil, só tem aplicação após o juízo de admissibilidade da ação, com a relação processual triangularizada pela citação inicial.

020

O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE E O DEVER JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE VEICULAÇÃO DE INFORMAÇÕES SOBRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA INTERNET

Rodrigo Leite Ferreira Cabral[1]

Promotor de Justiça/PR

Justificativa: A presente tese tem por objetivo fazer uma interpretação sistemática e com máxima eficácia do princípio da publicidade, exigindo-se acesso amplo e facilitado a informações sobre a administração pública, contribuindo, desse modo, para uma fiscalização mais eficiente do emprego das verbas pública e, consequentemente, permitindo a aplicação desses recursos para a busca e implementação da paz social.

Um dos pilares em que certamente se assenta nossa República Federativa é o da **soberania popular** traduzido pela velha **fórmula de Lincoln** que diz que a república deve ser um **"governo do povo, pelo povo e para o povo"** e que vem materialmente consagrada pelo parágrafo único do artigo 1º da Constituição da República (**"todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição."**).

Assim, em nosso país, o **soberano** e **titular**, em última *ratio*, dos **poderes estatais** é o **povo**. Como assevera Canotilho **"o povo é, ele mesmo, o titular da soberania ou do poder, o que significa: (i) de forma *negativa*, o poder do povo distingue-se de outras forma de domínio 'não populares' (monarca, classe, casta); (ii) de forma *positiva*, a necessidade uma legitimação democrática efectiva para o exercício do poder (o poder e exercício do poder derivam concretamente do povo), pois o povo é o titular e o ponto de referência dessa mesma legitimação – ela vem do povo e a este se deve reconduzir"**[2].

A premissa de que o povo é titular da soberania, da qual decorre, inclusive, o princípio republicano[3], é que fundamenta o princípio da responsabilidade dos administradores e todos os princípios constitucionais da administração pública (CR, art. 37, *caput*), vez que os agentes públicos estão a agir em nome de outrem, devendo, portanto, atuar dentro de determinados contornos normativos.

O **princípio constitucional da publicidade** – sobre o qual concentraremos o foco no presente trabalho – impõe ao administrador o dever de dar amplo conhecimento ao povo sobre como está sendo gerida a coisa pública (*res publica*) e como vem agindo aquelas pessoas a quem foi outorgado o dever-poder de administrar o aparato estatal.

Sobre o conteúdo do princípio da publicidade Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que: **"Consagra-se nisto** (princípio da publicidade) **o dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos. Não pode haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art. 1º, parágrafo único, da Constituição), o ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida. Tal princípio está previsto expressamente no art. 37,**

---

[1] Promotor de Justiça no Estado do Paraná, lotado na Comarca de São João do Triunfo, situada à Rua Francisco Neves Filho, n. 75, centro, município e comarca de São João do Triunfo/PR. E-mail: rlfcabral@mp.pr.gov.br, telefone: (42) 3447-1474. Tema incluído no inciso II, do art. 5º da Resolução 511/2009

[2] CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional, editora Almedina., 7ª ed., p. 292.

[3] **"A República assume-se como *res publica-res populi* para excluir qualquer título de legitimação metafísica. Esta rejeição de legitimação metafísica abrange não apenas as tradicionais justificações de dominio de carátcter dinástico-hereditário, divino ou divino-dinástico, mas também as 'experiências' modernas de 'condução dos povos' assentes na 'vontade do chefe' (*Führerprinzip*), na 'vanguarda o partido único' (leninismo) ou na 'vondade de deus' (fundamentalismo).** (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Opus cit.*, p. 224).

caput, **da Lei Magna, ademais contemplado em manifestações específicas do direito à informação sobre assuntos públicos, quer pelo cidadão, pelo só fato de sê-lo, quer por alguém que seja pessoalmente interessado."**[4]

No entanto, atualmente, referido princípio vem recebendo, no dia-a-dia, uma **interpretação mesquinha**, posto que as administrações públicas, em regra, somente tem fornecido informações ao cidadão quando há requerimento de interessados, sendo que, em muitos casos – especialmente quando se está a investigar fatos nebulosos – há **negativa** ao pedido de franquear informações ou, quando se fornece, há **substanciais atrasos** na apresentação dos documentos requeridos.

Essa situação tem que mudar. É necessário que se redimensione o alcance do princípio da publicidade de acordo com as exigências republicanas de nossa sociedade atual, valendo-se de instrumentos modernos que se encontram facilmente acessíveis à população.

Ora, o direito e seus conceitos são dinâmicos. As normas constitucionais sofrem constante **mutação** para lapidar seu conteúdo e alcance aos avanços sociais, tutelando de forma mais adequada os bens e interresses jurídicos protegidos pela Constituição da República.

Desse modo, deve o intérprete da constituição ter apurado senso de realidade, compreendendo e interpretando os institutos jurídicos de acordo com o seu tempo, operando, dessa forma, a chamada **mutação constitucional** através da interpretação, que é assim definida por Peter Häberle:

"La mutación constitucional a través de la interpretación, es decir, sin modificación expresa del texto de la Constituición, se produce de manera relativamente discreta y sin formalización. Por la sola vía de la interpretación, ya sea de los tribunales, la de la prática estatal, la de la opinión pública o la doctrina, o como producto de lá combinación de ellas, es que una norma constitucional puede adquirir un significado nuevo o diferente."[5]

É de se ressaltar que essa mutação constitucional, no que diz respeito aos direitos e garantias fundamentais, é expressamente prevista em nossa Lei Fundamental, como explica José Adércio Leite Sampaio:

"A Constituição da República Federal do Brasil dispõe, em seu artigo 5º, § 2º, que os direitos e garantias expressos nessa Constiutição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. A Constituição Italiana traz uma disposição análoga (art. 2º). Lá como aqui podem ser divisadas duas diferentes formas de interpretação desses dispositivos. Não seria mais do que mera recaptiulação da farta lista de direitos consagrados expressamente, autorizando combinações inovadoras; ou consistiriam em norma abertas, de forma a assegurar a proteção dos direitos não inscritos que surgiriam à medida da necessidade e de acordo com a consciência coletiva, do direito natural, do sentido da Constituição material ou de atos internacionais. Seja como for, mesmo por combinação de direitos existentes, por certo que a jurisprudência constitucional haveria de desempenhar um papel fundamental nessa 'descoberta' jurídica, fazendo uso de instrumentos de interpretação próprios, especialmente do método histórico-evolutivo e de sua posição ímpar na estrutura institucional dos dois países."[6]

Assim, para que se tenha um princípio constitucional da publicidade com sua máxima eficácia[7], não se pode encará-lo de forma atrofiada. A visão deve ser distinta. O princípio da publicidade deve ser compreendido no sentido da existência de um **dever jurídico** imposto aos administradores (meros gestores da coisa pública) de dar transparência sobre o que está sendo feito pela administração, sendo que tal informação deve ser facilmente acessada.

Ora, o **direito fundamental** de cada cidadão ter **pleno** e **facilitado** acesso às informações estatais decorre justamente do princípio da democracia e da soberania popular (**"os direitos (...) expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.**[8]" CR, art. 5, § 2º), sendo que a extração desse direito público subjetivo – apesar de não estar expressamente escrito[9] – decorre de uma interpretação refinada da Constituição.

---

[4] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 18ª ed., p. 104.

[5] HÄBERLE, Peter. El Estado Constitucional. Universidad Nacional Autônoma de México, 2003, pp. 62-63.

[6] SAMPAIO, José Adércio Leite. A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional, 2002, p. 706.

[7] **"(...) também designado por princípio de eficiência ou princípio de interpretação efectiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (THOMA), é sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvida deve preferir-se uma interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais) (...)"** (CANOTILHO, J. J. Gomes. Opus cit., p. 227)

[8] A Comissão Interamericana de Direitos Humanos editou a Declaração de Princípios Sobre a Liberdade de Expressão que, em seu item 4, consagra o direito de obter acesso à informações em poder do Estado como direito fundamental: **"4. El acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho. Este principio sólo admite limitaciones excepcionales que deben estar establecidas previamente por la ley para el caso que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas."**

[9] Extrai-se, inclusive, da chamada **técnica de prolongamento de direito**, também, utilizada por Cortes extrangeiras como noticia José Adércio Leite Sampaio:**"O Tribunal Federal Suíço, segundo Rossinelli, também tem reconhecido, sobretudo a partir de 1959, a existência de direitos não escritos, utilizando a técnica de 'prolongamento de um direito', como condição de seu exercício ou ainda como 'elemento indispesável à ordem democrática'."** (SAMPAIO, José Adércio Leite. *Opus cit.*, p. 706).

É de se ressaltar que não se trata de um dever jurídico da administração de prestar informações **apenas** quando provocada, ou seja, **não é** um dever sobre o qual se possa manter inerte, passivo, aguardando provocação. Ao contrário, o administrador deve ter uma postura proativa e, independentemente de provocação, tomar a frente para de modo regular e periódico colocar todas[10] as informações disponíveis à população de maneira acessível.

Veja-se que a necessidade de concessão de acesso facilitado às informações à população decorre, também, do princípio da eficiência (CR, art. 37, *caput*), assim conceituado por Alexandre de Moraes: **"(...) o princípio da eficiência é o que impõe à administração pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualiddade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos púbicos, de maneira a evitarem-se desperdícios e garantir-se maior rentabilidade social. Note-se que não se trata da consagração da tecnocracia, mas, muito pelo contrário, o princípio da eficiência dirige-se para a razão e fim maior do Estado, a prestação dos serviços sociais essenciais à população, visando à adoção de todos os meios legais e morais possíveis para a satisfação do bem comum."**[11]

Verifica-se, portanto, que no princípio da eficiência existe uma relação entre meios e fins. Os meios empregados pela administração pública devem ser os mais eficientes possíveis para a consecução dos fins propostos, desde que substancialmente de acordo com a Constituição da República[12].

A administração pública **deve** (é dever jurídico, não mera opção), pois, utilizar-se do meio mais eficiente para dar amplo e acessível conhecimento à população do que se passa na administração pública e, atualmente, o veículo que melhor atende a esse dever é a ***internet.***

Nesse sentido, Odilson Sérgio Santos afirma que: **"Nas sociedades de massa contemporâneas, para que se possa assegurar aos cidadãos a isonomia de acesso à informação produzida pelas instituições políticas é preciso que estes insumos informacionais sejam difundidos por canais comunicativos que possam alcançar a maior extensão dos sujeitos sociais. Ademais, com o auxílio das tecnologias de comunicação e informação, a participação social na decisão política pode ser estendida para cidadãos dispersos geograficamente ou que encontram restrições físicas e espaciais de locomoção, a exemplo dos deficientes físicos e dos detentos.**

(...)

As novas tecnologias de informação e comunicação permitem que os governos interajam diretamente com os cidadãos através de fluxos informacionais bi-direcional e unidirecional, a custos reduzidos, quando se leva em conta os investimentos necessários para conseguir a inserção na esfera de visibilidade dominada pelos meios de comunicação. Sobretudo, a internet facilita o acesso dos cidadãos às informações governamentais disponíveis em bancos de dados on-line, que podem ser consultadas diretamente nas fontes oficiais. As ferramentas dialógicas da internet como os *chat room*, os fóruns e as listas de discussão oferecem oportunidades inéditas para a interlocução entre os cidadãos e os agentes políticos."[13]

Diante disso, pode-se concluir que existe, **repita-se**, um dever jurídico imposto à administração pública de veicular, *sponte propria*, via *internet* informações sobre a atual situação do ente estatal e o que este vem realizando na gestão administrativa.

José Joaquim Gomes Canotilho chamou esse dever de publicidade[14] de **direito de arquivo aberto**:

---

[10] Exceto, **é evidente**, quando se trate de informações que atinjam a **intimidade** e a **vida privada** dos administrados (CR, art. 5º, X e LX) ou quando o sigilo seja **imprescindível à segurança da sociedade e do Estado** (CR, art. 5º, XXXIII).

[11] MORAES, Alexandre. Reforma Administrativa, Emenda Constituiconal n. 19/98, 3ª ed., p. 30.

[12] Nunca é demais ressaltar que o pirncípio da eficiência jamais deve ser visto apenas sob o ponto de vista utilitarista ou de que os fins justificam os meios. Não se trata de eficiência a qualquer preço. Deve esta estar sempre substancialmente de acordo com a Constituição, notadamente com os direitos e garantias fundamentais.

[13] SANTOS, Odilon Sérgio. Internet e *Accontability*: Um estudo sobre a Acessibilidade às Informações Orçamentárias através do Site Contas Abertas. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br >. Acesso em: 09.04.2009.

[14] Na mesma linha argumentativa expõe Konrad Hesse: **"Democracia é, na estrutura constitucional da Lei Fundamental, forma de racionalização do processo político. (...) Ele fundamenta responsabilidade e cria possibilidade de realizar essa responsabilidade. Ele não deixa o procedimento de formação de vontade política na obscuridade dos pactos ou decisões dos detentores do poder incontroláveis, senão o põe fundamentalmente na luz do público. A racionalidade do processo político, com isso ganha, é naturalmente menos uma tal do curso sem atritos funcional, em comparação, tanto mais uma tal da visibilidade, clareza, inteligibilidade: racionalidade substancial, que primeiro possibilita participação ativa e é base da legitimidade estatal."** (HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. 20ª ed. alemã,, p. 123) Assim, também, é a conclusão de Victor Abramovich y Christian Courtis: **"El derecho a la información vinculado específicamente con el acceso a la información pública no sólo surge sólo de las normas citadas, sino que al vincularse directamente con la publicidad de los actos de gobierno y el principio de transparencia de la Administración, debe ser entendido como instrumento indispensable para apuntalar el régimen republicano de Gobierno. Este derecho es entonces la concreción en un ámbito específico del derecho a recibir información, y constituye una consecuencia directa del principio administrativo de transparencia de la Administración, y de la regla republicana de la publicidad de los actos de gobierno. Se vincula además con el derecho de participación de los ciudadanos en la vida pública por la que decididamente opta nuestra Constitución Nacional."**(ABRAMOVICH, Vitor; COURTIS, CHRISTIAN. El Acceso a La Información como Derecho. Revista Internacional de Direito e Cidadania, n. 3, p. 25-44, fevereiro/2009, publicado originalmente en González, F. y Viveros, F. (eds.), Igualdad, Libertad de Expresión e Interés Público, Cuadernos de Análisis Jurídico Nº10, Serie de Publicaciones Especiales, Universidad Diego Portales, Santiago, 2000, pp. 197-203).

"O direito ao arquivo aberto deve hoje conceber-se não apenas como o direito a obter informações por parte dos cidadãos, mas também como direito a uma *comunicação aberta* entre as autoridades e os cidadãos. A comunicação aberta implicará, entre outras coisas, o dever de a administração *fornecer activamente informações* (ex.: colocar os dados informativos na Internet, criar *sites* adequados, ofertas *on-line*)."[15]

Uma vez assentadas essas premissas, a consequencia prática delas – e aqui iniciamos as **proposições** do presente trabalho (**Resolução n. 511/09, art. 9, II, 'f'**) - é a necessidade de os administradores, de imediato, colocarem em marcha esse processo de publicização das informações.

Caso não o façam, cumpre ao Ministério Público cobrar que eles providenciem, no período de tempo mais curto possível, a publicação dos dados relevantes nos sítios dos respectivos entes públicos.

Essa cobrança poderá ser materializada, inicialmente, via recomendação administrativa vinculada a assinatura de termo de ajustamento de conduta, quando houver, logicamente, concordância do agente responsável pela publicação.

Em caso de inexistência de consenso, entretanto, deverá o Membro do Ministério Público ajuizar Ação Civil Pública para obter judicialmente o cumprimento dos deveres jurídicos extraídos da Constituição da República.

Veja-se que a alocação das informações no sítios dos entes públicos deve ser feita organizadamente (princípio da eficiência), separando-se os dados em *links* a serem criados, classificados e denominados de acordo com o objeto a ser informado (taxionomia dos dados).

Os dados que, a nosso aviso, devem **imprescindivelmente**[16] ser objeto de publicação são os seguintes, sem prejuízo de outros a serem identificados pelo administrador ou pelo Ministério Pùblico:

a) processos licitatórios (inclusive os casos de dispensa e inexegibilidade) em andamento e já realizados, em que se deverá publicar o edital, o nome das empresas chamadas e efetivamente participantes, a ata de julgamento, as decisões e os contratos administrativos deles decorrentes (para viabilização organizacional, poderá optar-se por se publicar apenas os processos iniciados após a recomendação administrativa, mesmo porque já existem valiosas informações sobre as licitações realizadas no sítio do Tribunal de Contas do Estado no *link* do controle social);

b) lista de todos os funcionários público concursados, local de lotação, local em que o funcionário deve trabalhar, horário de expediente e responsável pela supervisão;

c) lista de todos os funcionários públicos não-concursados (cargos em comissão, terceirizados, cargos temporários e outros), local de lotação, local em que o funcionário deve trabalhar, horário de expediente, responsável pela supervisão e função efetivamente exercícida pelo funcionário, para que se possa fazer um controle sobre a sua adequação ou não ao figurino constitucional (v.g. CR, art. 37, V e IX);

d) publicação das **contas bancárias** do ente público (o Supremo Tribunal Federal já entendeu que essas contas não estão sujeitas ao sigilo bancário: STF – MS 21729/DF, Rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ 19.10.2001, p. 225);

e) publicação dos orçamentos e suas respectivas **emendas** (v.g. créditos suplementares), além dos dados constantes da Lei n. 9.755/98;

f) publicação do patrimônio do ente, descrevendo-se os bens **móveis**[17] e **imóveis** de sua propriedade, o local em que se encontram e se estão em funcionamento ou uso;

g) publicação de todas as obras que estão sendo realizadas pelo ente público, devendo constar o cronograma da obra, se este vem sendo cumprido, o nome da empresa que está executando e dos responsáveis pela sua fiscalização[18];

---

[15] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Opus cit.*, p. 516.

[16] **Não** devem ser publicadas, como já dito acima, informações que atinjam a **intimidade** e a **vida privada** dos administrados (CR, art. 5º, X e LX) ou quando o sigilo seja **imprescindível à segurança da sociedade e do Estado** (CR, art. 5º, XXXIII), hipótese em que deverá o administrador proferir ato administrativo fundamentando a não-publicação dos dados.

[17] A nosso aviso, para fins de viabilização da publicidade, devem ser informados apenas os bens móveis com valor avaliado de, pelo menos, 40 (quarenta) salários mínimos (utilizando-se do critério da Lei n. 9.099/95) para que não haja um excesso de informações sobre bens de pequeno valor.

[18] **"Otro ejemplo interesante de esta función** (função fiscalizadora) **es la utilización de la información como mecanismo de evaluación de los resultados de políticas públicas. Resulta imposible evaluar la efectividad de un programa – y en consecuencia, el buen o mal uso de los fondos públicos empleados en él– sin producir información acerca de los efectos del programa sobre la población beneficiada y aún sobre terceros y sobre el medio ambiente. En la sesión de evaluación del Informe argentino ante el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – en el que el Estado debe informar las medidas adoptadas en cumplimiento del Pacto de Derechos Económcos, Sociales y Culturales, de jerarquía constitucional según el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional–, en noviembre de 1999, la delegación argentina reconoció, por ejemplo, que no efectúa evaluación de programas sociales de empleo y capacitación. La falta de producción de esta información constituye una barrera para la fiscalización de la política pública y para la evaluación del cumplimiento de las obligaciones del Estado en la materia."** (ABRAMOVICH, Vitor; COURTIS, CHRISTIAN. El Acceso a La Información como Derecho. Revista Internacional de Direito e Cidadania, n. 3, p. 25-44, fevereiro/2009, publicado originalmente en González, F. y Viveros, F. (eds.), Igualdad, Libertad de Expresión e Interés Público, Cuadernos de Análisis Jurídico Nº10, Serie de Publicaciones Especiales, Universidad Diego Portales, Santiago, 2000, pp. 197-203).

h) publicação das prestações de contas do ente público;

i) publicação das diárias concedidas a funcionários, em que deve constar expressamente o valor recebido, o motivo e a data da viagem;

Vale ressaltar que é de fundamental importância que conste expressamente em eventual termo de ajustamento de conduta ou mesmo de decisão judicial um prazo para a publicação dos referidos dados e a **cominação de multa** para a omissão ou atraso, sob pena de ineficácia das providências que se pretende sejam adotadas, o que, de certa forma, ocorreu com a Lei n. 9.755/98, que não trouxe nenhuma sanção **expressa** (isso sem falar, é claro, de eventual ato de improbidade administrativa) para o seu descumprimento e acaba sendo muitas vezes descumprida.

Ademais dessas providências, ainda, é relevante que se proponha – e o Ministério Público pode fazê-lo por meio das suas entidades de classe – a edição de lei para a criação pontual de algums mecanismos para o aprimoramento da transparência pública, tais como:

a) a obrigação de **criação de *software* unificado** por meio do qual seriam veiculadas as informações acima descritas, devendo-se atribuir o controle desse *software* aos Tribunais de Contas. Assim, os entes públicos poderiam inserir informações no sistema, mas a retirada ou correção das informações somente poderia ser feita mediante autorização justificada do Tribunal de Contas, evitando-se, assim, a manipulação de dados;

b) criar a obrigação de se **informatizar os processos licitatórios**, estabelecendo que os atos administrativos somente teriam validade após publicados no *software* controlado pelos Tribunais de Contas;

c) cominação de multa pelo atraso ou omissão na publicação das informações, sendo que a multa deve ser aplicada pelo Tribunal de Contas;

d) criação de mecanismo no *software* em **que indique** o **atraso ou omissão** nas informações, gerando, automaticamente, processo para a aplicação da multa referida no item anterior, processo esse no qual, a toda evidência, deverá ser obedecido o princípio do contraditório e ampla defesa;

e) criação de sistema de cadastro de pessoas jurídicas e físicas interessadas em participar de licitação, sendo que, toda vez que aberto processo licitatório, o sistema enviaria automaticamente *e-mail* informando e convidando as empresas cadastradas (de acordo com o objeto da licitação) para participarem do certame aberto (*sistema-push*) (método adotado pelo Município de Pori, na Finlândia);

f) criação de mecanismos de **auditoria permanente** do sistema informatizado;

Em conclusão, cumpre dizer que, com a maximização interpretativa do princípio da publicidade, nossa sociedade certamente fomentará a participação popular e aprimorará os mecanismos de controle estatal interno e externo (accontability vertical) e o controle social (accontability horizontal) da administração pública, fazendo com que se atenda a **vontade de constituição** (*Wille Zur Virfassung*)[19], de se dar plena efetividade à soberania popular e ao controle da administração pública.

Ademais, tais mecanismos contribuem fortemente para a paz social[20], vez que facilitam o combate e a prevenção da corrupção, diminuindo-se, assim, as chances de impunidade[21]. E, é sempre bom lembrar, que corrupção é um ilícito de cálculo não de paixão e quando os riscos de descoberta e punição são pequenos há um consequente crescimento dos níveis dessa prática nefasta[22], que deve ser combatida com firmeza, inteligência e, principalmente, com a contribuição da população.

---

[19] **"Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente relizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem."** (HESSE, Konrad. A força Normativa da Constituição, p. 19)

[20] **"Segundo dados levantados pelo Instituto Ethos, práticas de corrupção movimentam R$ 380 bilhões ao ano e reduzem o Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro em dois pontos percentuais. Segundo pesquisa da ONG Transparência Brasil, 70% das empresas consultadas (78 no total) gastam 3% do seu faturamento com propinas. Outras 25% gastam entre 5% e 10% da receita com corrupção. Para 96% das companhias, a corrupção é o maior entrave para o desenvolvimento."** (Informação constante do sítio do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime: http://www.unodc.org/brazil/, consultado no dia 31.03.2009).

[21] Os crimes contra a administração pública são os crimes de colarinho branco por excelência, que ostentam assombrosa cifra negra, conforme alerta Alessandro Baratta: **"No mencionado artigo sobre a criminalidade de colarinho branco, Sutherland mostrava, com apoio em dados extraídos das estatísticas de vários órgãos americanos competentes em matéria de economia e comércio, quão impressionantes eram as infrações a normas gerais realizadas neste setor por pessoas colocada em posição de prestígio social.**
As proporções da criminalidade de colarinho branco, ilustradas por Sutherland e que remontavam aos decênios precedentes, provavelmente aumentaram desde que Sutherland escreveu seu artigo. Elas correspondem a um fenômeno criminoso característico não só dos Estados Unidos da América, mas de todas as sociedades de capitalismo avançado. Sobre o vastíssimo alcançe deste fenômeno influíram, de maneira particular, as convivências entre classe política e operadores econômicos privados, conivências que tiveram eficácia não só sobre causas do fenômeno, mas também sobre a medida muito escassa, em relação a outras formas de criminalidade, em que a criminalidade de colarinho branco, mesmo sendo abstratamente prevista pela lei penal, é de fato perseguida." (BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal, introdução à sociologia do direito penal, 3ª ed., pp. 101/102).

[22] **"corruption is a crime of calculation, not of passion. People will tend to engage in corruption when the risks are low, the penalties mild and the rewards great."** (Klitgaard, MacLean-Abaroa, and Parris (1996), A Practical Approach to Dealing with Municipal Malfeasance. Urban Management Programme Working Paper Series No. 7, Nairobi, p.11).

022

INQUÉRITO CIVIL *VERSUS* PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO (INOMINADO): SRU[1]

Epaminondas da Costa

Promotor de Justiça/MG

Síntese dogmática: Além do inquérito civil (procedimento *investigatório* nominado com certo rigor formal), existem ainda os procedimentos administrativos investigatórios inominados, os quais não podem ser simplesmente transmudados em inquérito civil ou em peças de informação, quando o caso não envolver dano iminente, atual ou pretérito a interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Ademais, é inconcebível que tais procedimentos administrativos sejam tratados como meios acessórios ou como simples procedimentos secundários em relação ao inquérito civil. Enfim, propõe-se a instituição de controle oficial próprio para os procedimentos administrativos inominados, distinto do SRU, pelo menos na forma em que ele está estruturado hoje.

Introdução

Na seara da Infância e da Juventude, não raro, surgem situações concretas em que se afigura tormentosa a escolha entre a instauração do inquérito civil ou de procedimento administrativo inominado.

A rigor, sendo caso de instauração do inquérito civil, é evidente que o membro do Ministério Público não poderá, discricionariamente, optar pela instauração de procedimento administrativo inominado, mormente à luz da Resolução Conjunta PGJ CGMP/MG n. 03, de 14 de dezembro de 2007, que instituiu a obrigatoriedade da inscrição do inquérito civil e do procedimento preparatório no Sistema de Registro Único.

Da questão de fundo

Destaque-se, desde logo, que, grosso modo, o inquérito civil se qualifica como procedimento administrativo nominado com certo rigor formal, por meio do qual se investigam situações envolvendo dano iminente, atual ou pretérito relacionado a interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo.

A propósito, é necessário que haja justa causa para a instauração do inquérito civil, conforme a mensagem legal subjacente à norma do art. 6º da Lei n. 7.347 de 24/07/1985 – Lei da Ação Civil Pública. Noutras palavras, não se pode instaurar o inquérito civil sem que exista um mínimo de plausibilidade quanto à existência do dano apontado ou a fundada suspeita de irregularidade em relação a interesses relevantes da sociedade.

Note-se que a falta de justa causa para a instauração do referido procedimento administrativo *investigatório* poderá dar ensejo ao crime de denunciação caluniosa, conforme se depreende da leitura do art. 339 do Código Penal brasileiro (Dec-lei n. 2.848 de 07/12/1940)[2].

As *peças informativas*, por sua vez, para os fins do art. 9º da Lei n. 7.347 de 1985, dizem respeito, via de regra, a documentos públicos que contenham notícia de ameaça ou de lesão àqueles interesses relevantes da sociedade (difusos, coletivos ou individuais homogêneos). As informações neles contidas serão tão substanciais ou

---

[1] SRU – Abreviatura de Sistema de Registro Único do inquérito civil e do procedimento preparatório.

[2] Art. 339. Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente:
Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.
§ 1º A pena é aumentada de sexta parte, se o agente se serve de anonimato ou de nome suposto.
§ 2º A pena é diminuída de metade, se a imputação é de prática de contravenção.

consistentes, que se afiguraria dispensável a instauração do inquérito civil: daí, portanto, a vinculação ontológica que há entre as *peças informativas* e o inquérito civil.

A par disso, é importante enfatizar que, no mundo da vida, as situações são tantas e desafiadoras que não se pode conceber o inquérito civil como instrumento administrativo *investigatório* único ou exclusivo no delineamento formal daquilo que ocorre na realidade do mundo.

Nesse diapasão, portanto, tem-se por razoável e mesmo legítimo que haja outros instrumentos administrativos de caráter investigativo, nominados ou não, com semelhante importância do inquérito civil, assim como ocorre com as chamadas medidas cautelares nominadas e inominadas previstas na legislação processual civil, em que umas não são mais importantes do que as outras. Quer dizer, então, que os procedimentos administrativos inominados não podem ser tratados como meios acessórios ou como simples procedimentos secundários.

De fato, além de interesses individuais indisponíveis não homogêneos que muitas vezes exigem a pronta atuação do Ministério Público, no âmbito da Infância e da Juventude e que, destarte, devem ser objeto de investigação ou de elucidação em procedimento administrativo inominado, existem ainda situações que dizem respeito a dano abstrato, de tal sorte que, mesmo assim, a intervenção resolutiva do "Parquet" se mostrará imperiosa. É o caso de uma representação, por exemplo, alusiva à falta ou à deficiência de sinalização na via pública, no entorno de uma escola pública estadual, podendo resultar-se disso o dano (abstrato) à incolumidade física das crianças e dos adolescentes que ali estudam.

Ora, pode ser que nunca ocorra o dano temido, mas nem por isso a autoridade pública poderá se omitir numa situação como esta, aguardando que o temor se concretize, para, aí, então, serem adotadas as providências pertinentes.

Ademais, o art. 201, § 5º, "b", da Lei n. 8.069 de 13/07/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente - prevê, peremptoriamente, o poder-dever de o Ministério Público buscar o entendimento direto com a autoridade ou com a pessoa reclamada sempre que isso se mostrar conveniente e eficaz para o resguardo imediato dos direitos infanto-juvenis sob ameaça de lesão, homenageando-se assim o princípio da prioridade absoluta (art. 227, "caput", da Carta Magna).

Do ponto de vista filosófico, essa atuação informal encerra "resolutividade instantânea", podendo a mesma estar consubstanciada numa Recomendação, a partir da qual o entendimento direto será entabulado e concretizado por meio da realização de audiência especial com os envolvidos no tema em discussão.

Diga-se de passagem que, em razão da instantaneidade com que a situação será resolvida, não será possível, por óbvio, qualquer controle administrativo, o que significa dizer, portanto, que o caso não será submetido à apreciação do Conselho Superior do Ministério Público. Pela mesma razão, bastará a simples instauração de procedimento administrativo inominado, visando-se apenas a documentar os atos materiais então praticados, com vistas à obtenção de determinado resultado, por exemplo, a correta sinalização da via pública.

Já na hipótese de "resolutividade permanente", isto é, que vai além de determinado momento ou cujo resultado material ou imaterial envolva, efetiva e diretamente ou reflexivamente[3], a proteção de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, o controle administrativo será inafastável e, mais do que isso, obrigatória se mostrará a instauração do competente inquérito civil.

Por último, o próprio legislador estabeleceu expressamente a coexistência jurídica do *inquérito civil e de outros procedimentos administrativos correlatos* (art. 7º da Lei Complementar n. 75 de 20/05/1993 – Lei Orgânica do Ministério Público da União), a qual se aplica subsidiariamente aos Ministérios Públicos dos Estados, por força do disposto no art. 80 da Lei n. 8.625 de 12/02/1993.

Aliás, o art. 201, VII, da Lei n. 8.069 de 1990 autoriza claramente que o Ministério Público instaure sindicâncias[4], visando-se a subsidiar a atuação do órgão ministerial na seara da infância e da juventude. Nos incisos V e VI do mesmo artigo de lei há menção expressa à instauração do inquérito civil e à instauração de procedimentos administrativos investigatórios, ou seja, decorre da própria lei a existência da dicotomia aqui destacada.

Finalmente, não se perca de vista que o Estatuto da Criança e do Adolescente tipifica inúmeras infrações administrativas, em que a atuação do "Parquet" estará voltada especificamente para o oferecimento de Representação em Juízo, a teor do disposto nos arts. 194 e seguintes do mesmo Estatuto, o que não se coaduna com a ideia de inquérito civil ou de ação civil pública.

---

[3] À guisa de ilustração, cite-se a hipótese do mau funcionamento de uma entidade não-governamental de atendimento, em que, portanto, por via reflexa, haverá prejuízo a crianças e adolescentes ali acolhidos. É o que indica o art. 91 da Lei n. 8.069 de 1990, assim expresso:

Art. 91. As entidades não-governamentais somente poderão funcionar depois de registradas no Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, o qual comunicará o registro ao Conselho Tutelar e à autoridade judiciária da respectiva localidade.
Parágrafo único. Será negado o registro à entidade que:
a) não ofereça instalações físicas em condições adequadas de habitabilidade, higiene, salubridade e segurança;
b) não apresente plano de trabalho compatível com os princípios desta Lei;
c) esteja irregularmente constituída;
d) tenha em seus quadros pessoas inidôneas.

[4] A sindicância representa outra espécie de procedimento administrativo investigatório nominado, da mesma forma que o inquérito civil.

Conclusão/Proposição

Além do inquérito civil (procedimento *investigatório* nominado com certo rigor formal), existem ainda os procedimentos administrativos investigatórios inominados, os quais não podem ser simplesmente transmudados em inquérito civil ou em peças de informação, quando o caso não envolver dano iminente, atual ou pretérito a interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Ademais, é inconcebível que tais procedimentos administrativos sejam tratados como meios acessórios ou como simples procedimentos secundários em relação ao inquérito civil. Enfim, propõe-se a instituição de controle oficial próprio para os procedimentos administrativos inominados, distinto do SRU, pelo menos na forma em que ele está estruturado hoje.

024

O PRINCÍPIO DA SUSTENTABILIDADE E O DIREITO DO CONSUMIDOR

Fábio de Souza Trajano[1]

Promotor de Justiça/SC

Síntese Dogmática: o princípio da sustentabilidade está diretamente relacionado a direitos inerentes à cidadania e deve ser considerado como princípio constitucional estruturante ou fundamental; o princípio da sustentabilidade e da defesa do consumidor decorrem do princípio republicano, da proteção da dignidade da pessoa humana e da cidadania, todos fundamentos da República Federativa do Brasil e considerados estruturantes; a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, segundo o art. 3º da CF/1988, está relacionada com a concretização do princípio da sustentabilidade e da defesa do consumidor; a defesa do consumidor e a defesa do meio ambiente - um dos aspectos do princípio da sustentabilidade -, conforme art. 170, V e VI, da CF/1988, são princípios da ordem econômica, devendo, assim, conviver harmoniosamente; a concretização do princípio da sustentabilidade exige produção e consumo sustentável; o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos e a melhoria da sua qualidade de vida são objetivos da Política Nacional de Relações de Consumo - art. 4º do CDC – e também do princípio da sustentabilidade; o consumidor tem deveres para que se concretize o princípio da sustentabilidade, como uma espécie de responsabilidade solidária; o governo poderia incentivar a fabricação e produção sustentável, criando uma identificação própria para "sustentavelmente corretos" – como um selo de preservação ambiental, verde, por exemplo –, elaborando normas técnicas próprias de caráter compulsório, exercendo seu poder de polícia administrativa com mais eficácia e, por intermédio de propaganda institucional, informar a sociedade da importância de um consumo sustentável, impulsionando, dessa forma, o interesse dos consumidores por tais produtos e as respectivas vendas; o princípio da sustentabilidade é um princípio implícito do direito do consumidor, pois, embora não previsto expressamente no Código de Defesa do Consumidor, deve ser observado na produção e no consumo dos bens e serviços, sob pena de flagrante violação aos interesses dos consumidores da atual e das futuras gerações; todos os poderes constituídos e a sociedade civil devem zelar para a efetivação do princípio da sustentabilidade e da defesa do consumidor, por serem valores constitucionais da mais alta relevância; e a consolidação do princípio da sustentabilidade depende da sua aplicação por todos os operadores do direito (advogado, juízes, desembargadores, ministros, promotores, professores etc.), especialmente dos Tribunais fundamentarem suas decisões baseados em tal princípio.

Sumário: **1** Introdução; **2** Princípio da sustentabilidade: Noções preliminares; **3** Princípio da sustentabilidade como princípio constitucional estruturante; **3** Princípio da sustentabilidade como princípio implícito do direito do consumidor. **4** Concretização dos valores constitucionais; **5** Considerações finais.

Palavras-chave: Princípio da sustentabilidade. Direito do consumidor. Princípio constitucional estruturante. Princípio implícito de direito do consumidor. Concretização.

[1] Promotor de Justiça de Santa Catarina, com atuação na Promotoria de Defesa do Consumidor de Florianópolis. Mestrando em Ciência Jurídica do Curso de Pós Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Uinversidade do Vale do Itajaí - Univali. Diretor da Associação Nacional do Ministério Público do Consumidor (MPCON) e do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (Brasilcon)

1 INTRODUÇÃO

Pretende-se com este artigo destacar a relação existente entre o princípio da sustentabilidade e o direito do consumidor, sob a ótica da Constituição Federal. Inicialmente, demonstra-se a evolução da economia ecológica até chegar ao princípio da sustentabilidade. Na seqüência, abordar-se-á a classificação dos princípios constitucionais, enquadrando o princípio da sustentabilidade como um princípio constitucional estruturante ou fundamental. No tópico seguinte, após discorrer sobre a relação existente entre o direito do consumidor e o princípio da sustentabilidade, conclui-se que este é um princípio implícito daquele.

Destaca-se, na sequência, a necessidade da concretização do princípio da sustentabilidade e da defesa do consumidor pelos poderes constituídos e pela sociedade civil, por serem valores constitucionais da mais alta relevância. Por derradeiro, enumeram-se as considerações finais.

2 PRINCÍPIO DA SUSTENTABILIDADE: NOÇÕES PRELIMINARES

Em 1966, alguns economistas passaram a preocupar-se com a limitação dos recursos naturais, eclodindo, na década de 70, a economia ecológica, com severas críticas à economia do crescimento, até que as conclusões da Conferência de Estocolmo e do Clube de Roma destacaram o fim da utopia do crescimento ilimitado. Apesar de tais conclusões, a economia da década de 80 não sofre qualquer reorientação. Já, na década de 90, a partir da Conferência do Rio, a política ecológica ganha força em razão da demanda social, baseada em postulados econômicos sustentáveis, o que perdura até os dias de hoje, conforme ensinamentos de Juan Rosa Moreno[2]:

> 1. La década de los 70 fue la de la eclosión de la economia ecológica; es también cuando se producem las primeiras y más feroces críticas a la economia del crescimento.
> Es relevante resenar que ãnos antes, em 1966, Boulding ya sañaló el choque entre los estrictos planteamientos economicistas y la preocupación ecológica en um sistema de recursos limitados. Sistema que simboliza a través de su célebre metáfora de lo que denominó Navio Espacial Tierra, y comúnmente se conoce por el uso abreviado de sus siglas (es, decir, NET), metáfora que desde entonces viene siendo utilizada profusamente por los escritos de economia ecológica.
> Pero son, sin duda, las sucesivas reflexiones materializadas en los documentos generados por la Conferência de Estocolmo y los diversos informes del Club de Roma, unidos a las aportaciones de notables economistas, los que suponen el fin de la utopía del crecimiento ilimitado.
> 2. A pesar de la quibra teórica de los planteamientos puramente desarrolistas, no se asiste, de hecho, a la reorientación de las economias nacionales. No es de extranar, por ello, que la década de los 80 pueda calificar-se como la de la ética ecológica [...]
> 3. Por último, desde que aquí puede afirmar-se que la década de los 90 ha sido la de la política ecológica. Aun com fracassos y con escasa implementación, pero irremediablemente espolada por las demandas de la sociedad, el rumbo de la política marcha con firmeza hacia una indispensable tutela ambiental.
> Desde la Conferência de Río ha comenzado esta última fase. El el momento de la juridificación de lo ambiental. Es aquí donde se eslabona el Derecho recogiendo las directrices políticas que, fruto de la reflexión ecológica y com base a postulados econômicos sostenibles, vayan sucediéndose en esta década".

Da política ecológica evoluímos para o princípio da sustentabilidade que, segundo lições do Professor Gabriel Real Ferrer[3], relaciona-se com a proteção ambiental (defesa do entorno), com aspectos sociais (inclusão social) e com aspectos econômicos (crescimento e distribuição de renda), tendo como pano de fundo a proteção da dignidade das pessoas e a proteção da vida da atual e das futuras gerações.

Poderíamos destacar que o princípio da sustentabilidade tem como objetivos principais a proteção da dignidade humana e da vida de todas as espécies que habitam o planeta. Colhe-se, acerca do assunto, da enciclopédia livre Wikipédia:

---

[2] FERRER, Gabriel Real (Coord.). ***Intragracion económica y medio ambiente en América Latina***. Madrid: Ciencias Jurídicas, 2000. p. 16-17.

[3] FERRER, Gabriel Real. Informação verbal. Aula proferida no Centro de Negócios Alicante, na disciplina de Médio Ambiente, Constitucion y Sostenibilidad do curso de pós-graduação stricto sensu em Ciência Jurídica – CCPJ, Alicante-ES, Convênio PPCJ/ Univali e Madas/UA, 27.04.2009.

> Sustentabilidade Propõe-se a ser um meio de configurar a civilização e atividade humanas, de tal forma que a sociedade, os seus membros e as suas economias possam preencher as suas necessidades e expressar o seu maior potencial no presente, e ao mesmo tempo preservar a biodiversidade e os ecossistemas naturais, planejando e agindo de forma a atingir pró-eficiência na manutenção indefinida desses ideais.A sustentabilidade abrange vários níveis de organização, desde a vizinhança local até o planeta inteiro.[4]

Fernanda de Salles Cavedon e Ricardo Stanziola Vieira[5], invocando lição de Monediaire, destacam a importância do desenvolvimento sustentável ser reconhecido como um princípio jurídico autônomo, apesar de seu reconhecimento em vários âmbitos do Direito, notadamente o Direito Internacional, exigindo-se, a partir da consagração desses novos princípios e valores, uma "nova conformação e percepção do direito. A isso MONEDIAIRE tem denominado "Direito Pós-Moderno Mundializado".

3 PRINCÍPIO DA SUSTENTABILIDADE COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL ESTRUTURANTE

Para Canotilho[6], esquematicamente, a Constituição é formada por princípios estruturantes, princípios constitucionais gerais, princípios constitucionais especiais e regras constitucionais, formando uma unidade da Constituição e podendo ganhar maior grau de concretização e densidade por intermédio da concretização legislativa e jurisprudencial. Em primeiro plano, temos os princípios estruturantes, no dizer de Canotilho, "constitutivos e indicativos das ideias directivas básicas de toda a ordem constitucional" ou as "traves-mestras jurídico-constitucionais do estatuto jurídico político", enquadrando como tal, na ordem constitucional portuguesa, o princípio do Estado de Direito, o princípio democrático e o princípio republicano.[7]

Luiz Roberto Barroso não discrepa, dividindo os princípios constitucionais materiais em fundamentais, gerais e setoriais ou especiais. Considera, todavia, princípios, além da forma, o regime, o sistema de governo e a organização do poder político, os objetivos fundamentais da República indicados pela Constituição e os princípios que a regem em suas relações internacionais. Dentre tais objetivos, destaca o princípio da dignidade da pessoa humana, por ter se tornado o centro axiológico da concepção brasileira de Estado democrático de direito e de uma ordem mundial pautada pelos direitos fundamentais[8].

Quanto à proteção da dignidade da pessoa humana, um dos escopos do princípio da sustentabilidade, conforme ensinamento de Konrad Hesse[9], assim como na Constituição, está prevista no art. 1º da Constituição Alemã, como um dos princípios diretivos, segundo os quais deve formar-se a unidade política e devem ser exercidas as tarefas estatais, destacando-se o seguinte trecho que tem inteira aplicação na nossa ordem constitucional:

> [...] o artigo de entrada da Lei Fundamental normaliza o princípio superior, incondicional e, na maneira de sua realização, indisponível, da ordem constitucional: a inviolabilidade da dignidade do homem e a obrigação de todo o poder estatal, de respeitá-la e protegê-la. Muito distante de uma fórmula abstrata ou mera declamação, à qual falta significado jurídico, cabe a esse princípio o peso completo de uma fundação normativa dessa coletividade histórico-concreta, cuja legitimidade, após um período de imunidade e sob o signo da ameaça atual latente à "dignidade do homem", está no respeito e na proteção da humanidade".

Tendo em vista que o princípio da sustentabilidade, como visto, tem como escopo preservar os interesses maiores da sociedade, como a proteção do meio ambiente, da vida da atual e de futuras gerações, da dignidade da pessoa humana, levando, ainda, em consideração os aspectos sociais e econômicos, relacionando-se, assim, com direitos e interesses inerentes à cidadania, entendida esta como decorrentes da relação de participação que se estabelece entre o Estado e todos os integrantes da sociedade civil, da qual aquele é instrumento, seja numa perspectiva individual, seja coletiva[10], podemos concluir que tal princípio é implícito em nosso texto constitucional e enquadra-se na classificação de estruturante ou fundamental, na afirmação de Gabriel Real Ferrer[11].

---

[4] Enciclopédia Wikipédia On-line. Sustentabilidade. Disponível em: [http://pt.wikipedia.org]. Acesso em: 09.06.2009.

[5] CAVEDON, F. S.; VIEIRA, R. S. Socioambientalismo e justiça ambiental como novas perspectivas para o direito ambiental: contribuições para a construção de um "direito da sustentabilidade". **Revista Brasileira de Direito Ambiental**, São Paulo, 13/173-197.

[6] CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2003. p. 1173.

[7] CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. p. 1173.

[8] BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6ª ed revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Saraiva, 2004. p. 374-375.

[9] HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Safe, 1998.

[10] BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais – "Novos" direitos e acesso à justiça**, OAB/SC Editora. 2. ed. rev. e ampl., 2006. p. 21.

[11] FERRER, Gabriel Real. Informação verbal. Aula proferida no Centro de Negócios Alicante, na disciplina de Médio Ambiente, Constitucion y Sostenibilidad do curso de pós-graduação stricto sensu em Ciência Jurídica – CCPJ, Alicante-ES, Convênio PPCJ/ Univali e Madas/UA, 27.04.2009.

Acerca da conceituação de princípio implícito, trazemos à colação o entendimento de Juan Ruiz Manero[12]:

> Tanto si se trata de princípios em sentido estricto como de diretrices, es usual distinguir, en el âmbito de los princípios constitucionales, entre princípios explícitos y princípios implícitos. Entendemos por princípios constitucionales explícitos aquellos que se encuentran enunciados en el texto constitucional, y por princípios constitucionales implícitos aquellos que el texto constitucional no enuncia, pero de los que se sostiene que subyacen al mismo, como razones justificativas de reglas constitucionales expresas.

Luiz Roberto Barroso, ao se referir aos princípios, diz que poderão ser explícitos ou implícitos, estes quando "decorrentes do sistema ou de alguma norma específica, como os da razoabilidade, da proteção da confiança ou da solidariedade.[13]

4 PRINCÍPIO DA SUSTENTABILIDADE COMO UM PRINCÍPIO IMPLÍCITO DO DIREITO DO CONSUMIDOR

O princípio da defesa do consumidor[14] e o princípio da sustentabilidade decorrem, diretamente, do princípio republicano[15], da proteção da dignidade da pessoa humana e da cidadania, estes últimos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme art. 1°, II e III, da CF/1988, sendo, todos, enquadrados como princípios estruturantes, conforme consignado anteriormente.

A construção de uma sociedade livre, justa e solidária, objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, segundo o art. 3° da CF/1988, está relacionada com o princípio da sustentabilidade e com a defesa do consumidor.

A defesa do consumidor e a defesa do meio ambiente - um dos aspectos do princípio da sustentabilidade - são princípios da ordem econômica, devendo, assim, conviver harmoniosamente, conforme disposição de nossa Constituição Federal, *in verbis*:

> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
> [...]
> V - defesa do consumidor;
> 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;
> *omissis*

E não poderia ser diferente, porquanto a proteção do meio ambiente e um desenvolvimento sustentável guardam estreita e direta relação com a produção e consumo dos bens e serviços de forma adequada e consciente, como, por exemplo, observando-se a política dos "três erres": reciclar, reduzir e reutilizar. A Declaração da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente, realizada, no Rio de Janeiro, em 1992, foi incisiva ao proclamar, no seu Princípio 8, que "para atingir o desenvolvimento sustentável e mais alta qualidade de vida para todos, os Estados devem reduzir e eliminar padrões insustentáveis de produção e promover políticas demográficas adequadas".[16]

Não há dúvidas, assim, de que, para a concretização do princípio da sustentabilidade, exige-se um consumo sustentável, que significa "assegurar a satisfação das necessidades das atuais gerações sem comprometer a capacidade das futuras gerações de satisfazer suas próprias necessidades"[17] ou, ainda, "o direito ao desenvolvimento deve ser exercido, de modo a permitir que sejam atendidas eqüitativamente as necessidades de gerações presentes e futuras"[18].

---

[12] AGUILÓ REGLA, Josep; ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. **Fragmentos para uma teoria de la Constitucion**. Madrid: Lustel, 2007, p. 98-99.

[13] BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 205.

[14] Reconhecido como direito e garantia fundamental, conforme previsão do art. 5°, XXXII, da CF/88.

[15] É interesse da maioria a concretização dos princípios da defesa do consumidor e da sustentabilidade.

[16] Declaração sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio de Janeiro, 1992). Conferência das Nações Unidas. Princípio 3. Disponível em: [www.interlegis.gov.br]. Acesso em: 09.06.2009.

[17] FERRER, Gabriel Real. Informação verbal. Aula proferida no Centro de Negócios Alicante, na disciplina de Médio Ambiente, Constitucion y Sostenibilidad do curso de pós-graduação stricto sensu em Ciência Jurídica – CCPJ, Alicante-ES, Convênio PPCJ/ Univali e Madas/UA, 27.04.2009.

[18] Declaração sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio de Janeiro, 1992). Conferência das Nações Unidas. Princípio 3. Disponível em: http://www.interlegis.gov.br/processo_legislativo/copy_of_20020319150524/20030625102846/20030625104533/. Acessado em 9 de jun. de 2009.

A Política Nacional de Relações de Consumo tem como princípios basilares o atendimento das necessidades dos consumidores; o respeito à sua dignidade, saúde e segurança; a proteção de seus interesses econômicos; e a melhoria da sua qualidade de vida, conforme o *caput*, do art. 4º, do CDC - Lei 8.078/1990, todos eles objetivos também perseguidos pelo princípio da sustentabilidade.

Outra demonstração de ponto de contato entre a defesa do consumidor e o princípio da sustentabilidade é o art. 51, XIV, do CDC ao considerar como nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais.

Poderíamos dizer que, além de direitos, o consumidor, como cidadão consciente de suas responsabilidades para a concretização do princípio da sustentabilidade, também tem deveres, como uma espécie de responsabilidade solidária, tais como: priorizar o consumo de produtos ecologicamente corretos, levando em consideração, dentre outros aspectos, a energia utilizada em sua fabricação ou sua utilização; o uso de substâncias tóxicas; a possibilidade de reciclagem da embalagem; a constituição regular do fabricante (evitando-se a sonegação fiscal e aquisição de produtos falsificados); a existência da licença ambiental da unidade fabril; o respeito às normas técnicas; a responsabilidade socioambiental do fabricante; a "substituição do capital natural pelo capital artificial[19]" etc.

O governo, por sua vez, poderia incentivar a fabricação e produção sustentável criando uma identificação própria para "sustentavelmente corretos", como um selo verde, elaborando normas técnicas próprias de caráter compulsório, exercendo seu poder de polícia administrativa com mais eficácia e informando a sociedade da importância de um consumo sustentável.

Diante de tantos pontos em comum e em razão da importância para as gerações atuais e futuras, poderíamos dizer que, na verdade, o princípio da sustentabilidade é um princípio implícito[20] no direito do consumidor, pois, embora não previsto expressamente no Código de Defesa do Consumidor, deve ser observado, na produção e no consumo dos bens e serviços, sob pena de flagrante violação aos interesses dos consumidores da atual e das futuras gerações.

5 CONCRETIZAÇÃO DOS VALORES CONSTITUCIONAIS

Verificando-se, assim, que o princípio da sustentabilidade e o da defesa do consumidor têm fundamento constitucional e que o primeiro deve ser considerado como princípio estruturante ou fundamental enquanto o segundo decorre diretamente dele e é considerado direito e garantia fundamental (art. 5º, XXXII, CF/1988), todos os poderes constituídos e a sociedade civil devem zelar para a efetivação desses, registrando-se que a concretização dos valores consagrados na Constituição Federal depende da aplicação direta, pelos operadores do Direito, das normas constitucionais, quer na fundamentação das postulações levadas a juízo, quer na fundamentação das decisões judiciais.

Em outras palavras: a consolidação do princípio da sustentabilidade depende da sua aplicação por todos os operadores do Direito (advogado, juízes, desembargadores, ministros, promotores, professores etc.), especialmente de decisões dos Tribunais fundamentadas em tal princípio.

Outrossim, não é demais registrar que a interpretação da legislação infraconstitucional passa, inicialmente, por uma "filtragem constitucional", tendo, muitas vezes, o intérprete que exercer um papel criativo para dar efetividade aos valores e princípios constitucionais, ultrapassando, assim, a fase de mero revelador do conteúdo preexistente da norma, único para todas as situações, destacando Luiz Roberto Barroso[21] que "uma das grandes mudanças de paradigmas ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica".

Estamos vivendo, na verdade, um período de transição, em que o positivismo jurídico cede lugar a constitucionalização do Direito, dependendo todas as normas jurídicas e decisões judiciais de sua adequação aos valores consagrados no texto constitucional, e não apenas a requisitos formais e procedimentais, conforme lição de Manuel Atienza ao responder a indagação da Professora Claudia Rosane Roesler sobre o uso da expressão pós-positivismo:

> Creio que estas mudanças terminológicas são o sintoma de uma mudança verdadeiramente de fundo. Em minha opinião, assim como o tempo histórico do Direito Natural se concluiu há muito tempo com o fenômeno da positivação do Direito, o positivismo jurídico (mais recentemente) concluiu também o seu ciclo, como conseqüência da constitucionalização de nossos direitos. Neste sentido, pós-positivismo me parece uma denominação preferível às

[19] FERRER, Gabriel Real. Informação verbal. Aula proferida no Centro de Negócios Alicante, na disciplina de Médio Ambiente, Constitucion y Sostenibilidad do curso de pós-graduação stricto sensu em Ciência Jurídica – CCPJ, Alicante-ES, Convênio PPCJ/Univali e Madas/UA, 27.04.2009.

[20] O Código de Defesa do Consumidor é um diploma legal de caráter principiológico, com vários princípios expressos e, a nosso sentir, também implícitos, como o princípio da sustentabilidade.

[21] BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. pp. 196-197.

> outras, porque sugere a idéia de um processo e de uma fase do mesmo posterior à do positivismo. Porém, de todas as formas, não me parece que seja de todo adequada para referir-se à concepção do Direito na qual se poderia situar autores como Dworkin, Alexy ou Nino e na qual eu também me situo. Para referir-se a isto nos últimos tempos se está usando a expressão "constitucionalismo" ou "paradigma constitucionalista". Não se trata, naturalmente, de reduzir a teoria do Direito à teoria do Direito Constitucional, mas sim de considerar que estamos vivendo dentro de um paradigma de Direito que se caracteriza pelo papel fundamental atribuído à Constituição, sobretudo porque a validade das normas, em especial das normas legisladas, depende de sua adequação à Constituição, e não unicamente a critérios formais e procedimentais, se não também a critérios materiais. Junto a isto, tem também grande importância a existência dos tribunais constitucionais (chamados assim ou de outra maneira) que fazem um papel de controle de constitucionalidade das leis.[22]

Cabe, assim, ao intérprete da legislação infraconstitucional não perder de vista na aplicação da lei os princípios constitucionais, destacando-se, dentre eles, o princípio da sustentabilidade e da defesa do consumidor.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, pode-se considerar que:

1 – o princípio da sustentabilidade tem como objetivo proteger os interesses maiores da sociedade, como o meio ambiente, a vida e a dignidade da pessoa humana, levando em consideração os aspectos sociais e econômicos;

2 – o princípio da sustentabilidade está diretamente relacionado a direitos inerentes à cidadania e deve ser considerado como princípio constitucional estruturante ou fundamental;

3 – o princípio da sustentabilidade e da defesa do consumidor decorrem do princípio republicano, da proteção da dignidade da pessoa humana e da cidadania, todos fundamentos da República Federativa do Brasil e considerados estruturantes;

4 – a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, segundo o art. 3º da CF/1988, está relacionada com a concretização do princípio da sustentabilidade e da defesa do consumidor;

5 – a defesa do consumidor e a defesa do meio ambiente - um dos aspectos do princípio da sustentabilidade –, conforme art. 170, V e VI, da CF/1988, são princípios da ordem econômica, devendo, assim, conviver harmoniosamente;

6 – a concretização do princípio da sustentabilidade exige produção e consumo sustentável;

7 – o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos e a melhoria da sua qualidade de vida são objetivos da Política Nacional de Relações de Consumo – art. 4º do CDC – e também do princípio da sustentabilidade;

8 – o consumidor tem deveres para que se concretize o princípio da sustentabilidade, como uma espécie de responsabilidade solidária;

9 – o governo poderia incentivar a fabricação e produção sustentável, criando uma identificação própria para "sustentavelmente corretos" – como um selo de preservação ambiental, verde, por exemplo –, elaborando normas técnicas próprias de caráter compulsório, exercendo seu poder de polícia administrativa com mais eficácia e, por intermédio de propaganda institucional, informar a sociedade da importância de um consumo sustentável, impulsionando, dessa forma, o interesse dos consumidores por tais produtos e as respectivas vendas;

10 – o princípio da sustentabilidade é um princípio implícito do direito do consumidor, pois, embora não previsto expressamente no Código de Defesa do Consumidor, deve ser observado na produção e no consumo dos bens e serviços, sob pena de flagrante violação aos interesses dos consumidores da atual e das futuras gerações;

11 – todos os poderes constituídos e a sociedade civil devem zelar para a efetivação do princípio da sustentabilidade e da defesa do consumidor, por serem valores constitucionais da mais alta relevância; e

12 – a consolidação do princípio da sustentabilidade depende da sua aplicação por todos os operadores do direito (advogado, juízes, desembargadores, ministros, promotores, professores etc.), especialmente dos Tribunais fundamentarem suas decisões baseados em tal princípio.

Referências das fontes citadas

AGUILÓ REGLA, Josep; ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. **Fragmentos para uma teoria de la Constitucion**. Madrid: Lustel, 2007.

[22] CRUZ, Paulo Márcio; ROESLER, Claudia Rosane. **Direito e Argumentação no Pensamento de Manuel Atienza**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, pp. 43-84.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6ª ed, São Paulo: Saraiva, 2004.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais – "Novos" direitos e acesso à justiça**, OAB/SC Editora. 2., 2006.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Lisboa:Almedina, 2003.

CAVEDON, F. S.; VIEIRA, R. S. Socioambientalismo e justiça ambiental como novas perspectivas para o direito ambiental: contribuições para a construção de um "direito da sustentabilidade". **Revista Brasileira de Direito Ambiental**, 13/173-197, São Paulo, jan-mar. 2008.

CRUZ, Paulo Márcio; ROESLER, Claudia Rosane. **Direito e Argumentação no Pensamento de Manuel Atienza**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

ENCICLOPÉDIA WIKIPÉDIA ON-LINE. Sustentabilidade. Disponível em:[http://pt.wikipedia.org]. Acesso em: 09.06.2009.

FERRER, Gabriel Real. Informação verbal. Aula proferida no Centro de Negócios Alicante, na disciplina de Médio Ambiente, Constitucion y Sostenibilidad do curso de pós-graduação stricto sensu em Ciência Jurídica – CCPJ, Alicante-ES, Convênio PPCJ/Univali e Madas/UA, 27.04.2009.

FERRER, Gabriel Real (Coord.). ***Intragracion económica y medio ambiente en América Latina***. Madrid: Ciencias Jurídicas, 2000.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Safe, 1998.

025

A ENERGIA EÓLICA NO ESTADO DO CEARÁ – A FARSA DA ENERGIA LIMPA OU DA (IM) PRESCINDIBILIDADE DE EIA/RIMA EM ZONA COSTEIRA

Alexandre de Oliveira Alcântara

Promotor de Justiça em Aracati (CE) e Professor da Universidade Potiguar- UNP.

É triste pensar que a natureza fala e que o gênero humano não a ouve

Victor Hugo

1. SÍNTESE DOGMÁTICA

A Constituição Federal, a Lei Federal nº 7.661/88 (institui o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro) e a legislação ambiental do Estado do Ceará exigem para licenciamento ambiental em Zona Costeira, o Estudo de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto Ambiental. O órgão ambiental do Estado do Ceará ao não observar essa exigência constitucional e legal provoca a irregularidade dos licenciamentos de todos os parques eólicos no Estado do Ceará, mormente porque muitos desses empreendimentos estão sendo construídos em áreas de proteção permanente – APPs (campos de dunas) e sobre sítios arqueológicos. No plano internacional, o Estado Brasileiro ratificou o Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (**Protocolo de San Salvador)** que em seu artigo 11 determina que toda pessoa tem direito a viver em meio ambiente sadio, a contar com os serviços públicos básicos, e que os Estados Partes promoverão a proteção, preservação e melhoramento do meio ambiente.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1. Introdução

O nordeste brasileiro é um lugar privilegiado para a captação da energia eólica, aquela proveniente da movimentação das massas de ar (vento)[1]. A energia eólica é uma fonte renovável de energia, e por isso defendida por grupos ambientalistas, como o Greenpeace. Não há dúvidas de que as fontes alternativas podem reduzir as emissões de CO^2 e assim devem ser buscadas e incentivadas, inclusive pelo Estado, via financiamentos.

No Estado do Ceará hoje há a construção intensa de parques eólicos em quase **toda zona costeira** e outros já construídos e em funcionamento. Entretanto, o modo como estes parques eólicos vem sendo instalados no litoral cearense é catastrófico e reflete uma grande irresponsabilidade ambiental dos envolvidos nos projetos-Estado (União, Estado e municípios), empreendedores e organismos financiadores.

O licenciamento desses empreendimentos pelo órgão ambiental competente, a SEMACE- Superintendência Estadual de Meio Ambiente do Estado do Ceará, vem contrariando a legislação ambiental nos seguintes pontos cruciais: a) **A não exigência de Estudo de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA), considerando a especificidade ambiental da Zona Costeira e o fato de grande parte dos empreendimentos estarem situados em Área de Proteção Permanente (campo de dunas)**; A SEMACE de forma temerária vem autorizando a

[1] Sobre o potencial eólico brasileiro vide http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/atlas/pdf/06-Energia_Eolica(3).pdf

instalação das usinas eólicas com base em **Relatório Ambiental Simplificado - RAS,** isso com fundamento na Resolução nº279/2001 do CONAMA; b) **A não observância da Legislação Federal que trata dos sítios arqueológicos que também, exige EIA-RIMA constando o Projeto de salvamento desse patrimônio.**

Em razão desse **licenciamento equivocado,** sérios danos ambientais estão sendo cometidos na implantação desses parques e valiosíssimos sítios arqueológicos estão ameaçados de destruição, como veremos ao longo desse texto.

Para se ter uma idéia da **litigiosidade ambiental** em torno da construção dos parques eólicos no Estado do Ceará vale ressaltar a existência dos seguintes processos judiciais e extrajudiciais em tramitação: a)Processo nº 2007.0023.2181-3 – **AÇÃO POPULAR (Comarca de Aracati),** deslocado para a Justiça Federal da 15ª Vara de Limoeiro do Norte-CE; Promovidos: SEMACE- Superintendência Estadual do Meio Ambiente; Município de Aracati e outros; b) Processo nº 2008.0029.4266-2 – **AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO DE LIMINAR (Comarca de Aracati**). Promovidos: Superintendência Estadual do Meio Ambiente – SEMACE e outros; c) Processo nº 2008.81.00.006806-3 - **AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA.** 10ª Vara da Seção Judiciária Federal do Ceará (Fortaleza) Promovidos: Superintendência Estadual do Meio Ambiente-SEMACE e outros; d) **Pedido de Providências** formulado ao IBAMA E SEMACE pela Companhia de Água e Esgoto do Estado do Ceará- CAGECE **(Gerência de Meio Ambiente**) contra empresa em razão de desmonte de dunas e desmatamento na vegetação nativa no Entorno da Área de captação da empresa, **na localidade de Cumbe, município de Aracati; e) Embargo Administrativo pelo IBAMA** da obra questionada pela CAGECE na localidade do Cumbe/ Aracati. Houve decisão liminar da Justiça Federal de Limoeiro do Norte suspendendo esse embargo.

2.2. Questionamentos do Ministério Público Estadual quanto aos parques eólicos no Município de Aracati (CE)

2.2.1. Da Imprescindibilidade de EIA/RIMA em Zona Costeira- Previsão Constitucional e Legal

a) A Constituição Federal

O legislador constituinte, no art.223 da Constituição Federal, consagrou o meio ambiente como direito fundamental e o erigiu à categoria de bem de uso comum do povo, asseverando assim, ser direito de todos tê-lo de maneira ecologicamente equilibrada. Em contrapartida, determinou que sua defesa e preservação para as presentes e futuras gerações é dever do Poder Público e de toda coletividade, *in verbis*:

> "Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.
> § 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:
> ...
> IV - **exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade**;
> ...
> § 3º - 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**.
> § 4º - **A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.".**

b) A Lei Federal nº7661/1988

É fundamental demarcar que a **Zona Costeira** tem o mesmo valor constitucional da Floresta Amazônica, da Mata Atlântica, da Serra do Mar e do Pantanal, e é definida pela **Lei nº 7.661, de 16 de maio de 1988**, que institui o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro, *in verbis*:

> "Art. 2º. Subordinando-se aos princípios e tendo em vista os objetivos genéricos da PNMA, fixados respectivamente nos arts. 2º e 4º da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, **o PNGC visará especificamente a orientar a utilização nacional dos recursos na Zona Costeira, de**

forma a contribuir para elevar a qualidade da vida de sua população, e a proteção do seu patrimônio natural, histórico, étnico e cultural.
Parágrafo único. Para os efeitos desta lei, **considera-se Zona Costeira o espaço geográfico de interação do ar, do mar e da terra, incluindo seus recursos renováveis ou não, abrangendo uma faixa marítima e outra terrestre, que serão definidas pelo Plano.**"

O dispositivo acima colacionado aduz a importância da proteção de nossos espaços costeiros: elevar a qualidade de vida da população, bem como proteger o patrimônio natural, histórico, étnico e cultural. A repetição contida na norma infraconstitucional (proteger o meio ambiente acarreta a elevação da qualidade de vida da população) é feita exatamente para ressaltar a relevância da conservação da Zona Costeira.

Em razão de os empreendimentos (parques eólicos) estarem localizados em Zona Costeira, a **Lei nº 7.661/88** exige, para o procedimento de licenciamento ambiental, **o Estudo de Impacto Ambiental e respectivo Relatório de Impacto Ambiental (EIA-RIMA).** Vejamos:

"Art. 6º. O licenciamento para parcelamento e remembramento do solo, construção, instalação, funcionamento e ampliação de atividades, com alterações das características naturais da Zona Costeira, deverá observar, além do disposto nesta Lei, as demais normas específicas federais, estaduais e municipais, respeitando as diretrizes dos Planos de Gerenciamento Costeiro.
§ 1º. A falta ou o descumprimento, mesmo parcial, das condições do licenciamento previsto neste artigo serão sancionados com **interdição, embargo ou demolição, sem** prejuízo da cominação de outras penalidades previstas em lei.
§ 2º **Para o licenciamento, o órgão competente solicitará ao responsável pela atividade a elaboração do estudo de impacto ambiental e a apresentação do respectivo Relatório de Impacto Ambiental - RIMA, devidamente aprovado, na forma da lei.**"

c) A Lei Estadual nº 13.769/06

No âmbito da legislação do Estado do Ceará, a Lei nº 13.769/06, que instituiu a Política Estadual de Gerenciamento Costeiro e o Plano Estadual de Gerenciamento Costeiro do Estado, mais uma vez, e não poderia ser diferente, isso em observância ao texto constitucional e à lei federal mencionada, exige a elaboração de EIA/RIMA para o licenciamento de empreendimentos na zona costeira, na qual se encontra o Município de Aracati, *in verbis*:

"Art.2º Para os fins previstos nesta Lei entende-se por:
I - **ZONA COSTEIRA**: o espaço geográfico de interação do ar, do mar e da terra, incluindo seus recursos renováveis ou não, abrangendo uma faixa marítima que se estende por doze milhas náuticas, medido a partir das linhas de base, compreendendo, dessa forma, a totalidade do mar territorial, e uma faixa terrestre, compreendida pelos limites dos Municípios que sofrem influência direta dos fenômenos ocorrentes na zona costeira, defrontantes e não-defrontantes com o mar, caracterizados nos termos da legislação federal
(...)
Prevê ainda a Lei Estadual, que:
"Art.18. A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimento de atividades utilizadoras de recursos ambientais, ou consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras, bem assim os empreendimentos capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, **dependerão de Estudo de Impacto Ambiental e do Relatório de Impacto Ambiental, prévio licenciamento do órgão estadual** competente, sem prejuízos de outras licenças exigíveis". (grifo nosso).

Eis a tese principal do Ministério Público Estadual em Aracati (CE): **A Constituição Federal e a Lei Federal nº 7.661/88 e a própria legislação ambiental do Estado do Ceará exigem para licenciamento ambiental em Zona Costeira, o Estudo de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto Ambiental**. Dessa forma os licenciamentos de todos os parques eólicos no Estado do Ceará são irregulares, ilegais.

Antunes (2002: 332), ao tratar do **Zoneamento Costeiro**, enfatiza:

"A costa brasileira, por força de expressa disposição constitucional (art.225,§4º), **é um espaço territorial submetido a regime especial de proteção. Justifica-se esta determinação constitucional, pois desde os primórdios da colonização portuguesa tem sido muito intensa**

a pressão exercida sobre os ecossistemas costeiros. Relembre-se que a maior parte da população brasileira está assentada ao longo do litoral; dos dezessete estados que são banhados pelo mar, quatorze possuem suas capitais no litoral. A enorme extensão do litoral brasileiro (97.367 Km) **faz com que ali se encontre toda uma grande variedades de ecossistemas. São campos de dunas, ilhas-recifes, costões rochosos, baías, estuários, brejos, falésias e baixios. Muitos deles com praias, restingas, lagunas e manguezais, embora tenham ocorrência constante e homogeneidade aparente, apresentam especificidade florísticas e faunísticas vinculadas às gêneses diferenciadas dos ambientes em tão longo trecho litorâneo.** Em obediência à norma constitucional que determinou um regime especial de tutela para a costa, **o legislador ordinário estabeleceu o sistema de gerenciamento costeiro"**

No sentido da exigência de EIA/RIMA para construções em área de zona costeira, encontramos os seguintes acórdãos:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL PARA LICENCIAMENTO DE OBRA EM ZONA COSTEIRA.
1. A autoridade administrativa não pode prescindir da elaboração de prévio Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e da apresentação de seu respectivo relatório (RIMA) aprovado pelo órgão competente para **o licenciamento de obra em zona costeira, louvando-se apenas, em pareceres de seus técnicos, que não têm o alcance e a complexidade do EIA-RIMA.**
2. Em se tratando de obra em zona costeira, a lei presume a existência de possibilidade de dano ambiental e exige o respectivo estudo de impacto ambiental.
3. Agravo de instrumento ao qual se dá parcial provimento (TRF 1ª, Processo 200201000108012/ BA, 6ª Turma, Relatora Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, J. 7/4/2003, DJ 19/05/2003).
ADMINISTRATIVO- AÇÃO CIVIL PÚBLICA –EMBARGO DE OBRA IRREGULAR – MUNICÍPIO DE ANGRA DOS REIS–COSTÃO ROCHOSO – REPARAÇÃO DE DANO AMBIENTAL.
I - Não vislumbro qualquer irregularidade no pólo passivo da presente demanda, diante dos documentos anexados aos autos;
II - Em se tratando de **obra em zona costeira, a lei presume a existência de possibilidade de dano ao meio ambiente e exige o respectivo estudo de impacto ambiental, conforme dispõe o art.6º da Lei nº7661/85**;
...
V - Apelações providas (TRF 2ª, Classe: AC 325334/RJ 3ª Turma, Relatora Desembargadora Federal Tânia Heine, J.10/08/2004. DJ 03/09/2004)

Portanto, é imprescindível a elaboração de EIA/RIMA para empreendimentos em Zona Costeira, e no caso de Aracati, há dois motivos a mais para a necessária observância dessa exigência: **as usinas eólicas estão sendo implantadas em campos de dunas repletas de sítios arqueológicos.** Somente o EIA- RIMA pode avaliar os impactos ambientais causados pela implementação dessas usinas eólicas, qual a viabilidade da implantação no local escolhido pelo empreendedor, definir quais cautelas devem ser adotadas na fase de implantação e operação dos geradores eólicos, determinar como o desmonte de dunas irá afetar ou não o ecossistema local, quais as conseqüências da instalação de aerogeradores no local para a rota migratória das aves, entre outros.

A caracterização das **dunas** como **áreas de preservação permanente** está fixada na Lei nº4. 771/65 **(Código Florestal)** art.2º, alínea f.

Os **sítios arqueológicos** são considerados pela Carta de 1988 patrimônio cultural brasileiro (art.216, V), sendo a matéria tratada pela Lei nº 3.924, de 26 de julho de 1961 e Portaria nº230, de 17/12/2002 do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional- IPHAN.

A Portaria nº230/2002 do IPHAN é muito clara ao exigir um Programa de Resgate Arqueológico proposto **já no Estudo de Impacto Ambiental- EIA**, o que, efetivamente não ocorreu na implantação de nenhum das usinas eólicas de Aracati (CE).

Cabe lembrar que o instrumento exigido pela SEMACE, o **RAS - Relatório Ambiental Simplificado** surgiu na época do chamado **"apagão elétrico"** pela Medida Provisória nº 2.198-5, de 24 de agosto de 2001 que determinou ao Conselho Nacional do Meio Ambiente- CONAMA a estabelecer **procedimentos específicos simplificados de licenciamento**, com *prazo máximo de sessenta dias de tramitação* para vários empreendimentos, entre os quais, geração de energia elétrica por fontes alternativas.

Chega a ser prosaico o pobre conteúdo desses estudos simplificados. Só para se ter uma idéia da deficiência desse instrumento, em nenhum deles se avaliou as possibilidades de **alternativas locacionais** dos parques, o que

traz receios fundados da ocorrência de graves impactos ambientais imprevistos, mas previsíveis. Pode-se dizer mesmo que o **Estudo de Alternativas**, integrante do Estudo de Impacto Ambiental, é um dos elementos mais importantes do EIA/RIMA, haja vista que só a partir da comparação das soluções tecnológicas existentes com aquela apresentada pelo empreendedor será possível ao licenciante emitir o seu juízo acerca da viabilidade ou não do empreendimento, optando pela solução menos danosa ao meio ambiente.

O licenciamento em **área de preservação permanente**, por seu turno, somente é possível em casos de utilidade pública ou interesse social, devidamente caracterizado e motivado em procedimento administrativo próprio, **quando inexistir alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto** (art.4º do Código Florestal).

Com efeito, seria perfeitamente possível que os geradores eólicos fossem instalados não em cima das dunas, mas nos tabuleiros que são contíguos, harmonizando assim a proteção de áreas de APP e os interesses econômicos.

Cumpre salientar que a Constituição da República apenas autoriza o desenvolvimento que se dê de maneira sustentável, ou seja, o desenvolvimento que harmonize os interesses ambientais e o desenvolvimento econômico.

A Implantação das usinas eólicas, contudo, tal como ocorre no Estado do Ceará, privilegia sobremaneira os interesses econômicos em detrimento da higidez ambiental, comprometendo um patrimônio que pertence também às gerações futuras.

d) O Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador)

Em 1988 a Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos adotou um Protocolo Adicional à Convenção, pertinente aos direitos sociais, econômicos e culturais (**Protocolo de San Salvador**) que entrou em vigor em novembro de 1999. O Brasil depositou sua ratificação no dia 21 de agosto de 2006. Reza o artigo 11 do Protocolo:

> "**Toda pessoa tem direito a viver em meio ambiente sadio** e a contar com os serviços públicos básicos.
> **Os "Estados Partes promoverão a proteção, preservação e melhoramento do meio ambiente"**

O Estado Brasileiro ao não observar as regras Constitucionais e legais para o licenciamento ambiental dos parques eólicos no Estado do Ceará, provocando sérios danos ambientais em área de preservação permanente, está também a desrespeitar compromisso internacional assumido perante a comunidade interamericana e assim, passível de sanções.

2.2.2. Principais Impactos Ambientais negativos com a instalação dos Parques Eólicos

Dentre os principais impactos negativos apontados pela literatura especializada[2] com a implantação de Parques Eólicos podemos citar:

> "**Impacto sobre a flora:** ***Os parques eólicos podem danificar o solo da região devido à construção de estradas para acesso das máquinas e fundações para as turbinas. Necessariamente deve ser implantado fora de Áreas de Proteção Permanente (APPs) definidas por lei, como banhados, dunas, margens de cursos d'água e topos de morro.*** Após a instalação das máquinas deve ser realizado uma trabalho que evite futuros problemas de erosão no solo.
> **Impactos sobre a fauna:** Os parques eólicos devem ser instalados em áreas afastadas das rotas migratórias de aves e das áreas ocupadas por espécies em extinção. Colisões de aves e morcegos com as pás tem sido a maior preocupação dos biólogos na implantação deste projeto. Estudos mostram que este impacto e mínimo se comparado a outras causas tais como redes elétricas de alta tensão e colisões de pássaros com veículos em estradas.
> **Efeitos de Ruído:** Em funcionamento, os aerogeradores proporcionam dois tipos de ruídos: *ruídos mecânicos,* proporcionados pelo gerador e pela caixa multiplicadora; e o *ruído aerodinâmico,* gerado pelas pás em contato com o ar, principalmente nas extremidades, onde a velocidade é maior (em torno de 65m/s).
> **Efeito de Impacto Visual:** A modificação da paisagem original pela implantação de um parque eólico deve ser cuidadosamente estudado de forma a que não origine na população que habita o local uma sensação pouco estética.

[2] http://www.pucrs.br/ce-eolica/2006/2006-4-semesan.pdf

Efeitos de Sombra por Movimentos das Pás: Quando as pás se movem podem criar sombras periódicas segundo a freqüência de rotação das pás. Um estudo prévio elimina a possibilidade de causar efeitos de sombras dinâmicas sobre casas nas proximidades de um parque eólico. **Interferência eletromagnética:** Na instalação de uma usina eólica, deve-se considerar que esta pode originar perturbações nos sistemas de comunicação. As turbinas eólicas podem causar Interferência Eletromagnéticas (IEM) por deflexão do sinal devido ao giro das pás nas ondas de rádio e microondas que são utilizadas para diversos propósitos em telecomunicações".

A partir desse elenco de impactos, fica fácil demonstrar que no caso do município de Aracati (CE) a instalação dos parques eólicos trará prejuízos ambientais incalculáveis, pois **construídos em campos de dunas**, o principal deles **na localidade do Cumbe,** e que são fundamentais para o abastecimento de água da cidade. Na verdade há trinta anos esse manancial do Cumbe, ora ameaçado, fornece água para a população do município. Não é por outro motivo que a própria Companhia de Água e Esgoto do Estado do Ceará- GAGECE questiona os parques em APPs.

O estudo do **Núcleo Tecnológico de Energia e Meio Ambiente - NUTEMA** da PUCS do Rio Grande do Sul acima referido é contundente em afastar a instalação dos parques eólicos de áreas de APPS: ***Necessariamente deve ser implantado fora de Áreas de Proteção Permanente (APPs) definidas por lei, como banhados, dunas, margens de cursos d'água e topos de morro***. Quanta irresponsabilidade no licenciamento desses parques no Estado do Ceará- Uma cidade inteira pode ficar sem a sua principal fonte de abastecimento de água em razão dessa absurda e equivocada decisão dos *donos do poder*.

O Ministério Público Estadual ainda fundamentou sua ACP, em Estudo[3] do Professor Doutor Jeovah de Andrade Meireles, do Departamento de Geografia da Universidade Federal do Ceará – UFC, o qual delineia uma situação bastante sombria dessa desastrosa intervenção nesse bioma:

> "Através de estudos realizados em campos de dunas impactados pela implantação de usinas eólicas, constatou-se **impactos negativos de elevada magnitude**. Verificou-se também que foram potencializados na fase de operação. À continuação uma síntese dos impactos:
> 1. Desmatamento das dunas fixas;
> 2. Soterramento de dunas fixas pelas atividades de terraplenagem;
> 3. Soterramento de lagoas interdunares;
> 4. Cortes e aterros nas dunas fixas e móveis;
> 5. Áreas a serem terraplenadas para a construção das vias de acesso;
> 6. Introdução de material sedimentar para impermeabilização e compactação do solo;
> 7. Instalação dos aerogeradores;
> 8. Destruição de sítios arqueológicos;"

E mais, o Estudo do Professor Jeovah Meireles aponta o critério de escolha das dunas para instalação dos parques eólicos:

> **"A implantação das usinas eólicas sobre os campos de dunas, a exemplo do realizado nas dunas do Cumbe, foi fundamentalmente associada ao fator altitude em relação ao nível do mar e disponibilidade dos ventos.** Em média, as dunas do estado do Ceará encontram-se a 50m acima da linha de praia, o que facilita a captação do vento com menores índices de rugosidade (turbulência das massas de ar em contato com o relevo terrestre). Desta forma, **o principal indicar locacional nos parece ser o relacionado à altitude da superfície receptora dos aerogeradores, em detrimento da proteção dos componentes morfológicos, serviços ambientais e ecossistemas associados aos campos de dunas**" (grifei).

Por fim, o Estudo demonstra a possibilidade de instalação dos parques em áreas bem próximas aos campos de dunas, evitando todo o desastre ambiental ora em curso, e aponta outros potencias danos:

> "É importante salientar que o mapa de potencial para a produção de energia eólica publicado pela ANEEL em 2003, **define uma larga faixa costeira com excelente potencial para a implantação de usinas eólicas, ultrapassando o campo de dunas e sobre a unidade geoambiental denominada de tabuleiro litorâneo**.
> ....

[3] Impactos ambientais promovidos pela implantação e operação de usinas eólicas em áreas de preservação permanente (APP's) – Os campos de dunas fixas e móveis da planície costeira do Cumbe, Município de Aracati

"Verificou-se também que os estudos realizados para a implantação destes equipamentos industriais sobre áreas de preservação permanente, levaram em conta somente os indicadores de "potencial eólico" (em escala regional) **sem a realização de estudos para a determinação das interferências relacionadas com os aspectos enumerados à continuação:**

1. Conjunto de impactos negativos provocados por **alterações na morfologia dos campos de dunas móveis e fixas e interferências no processo de migração desencadeados na fase de implantação dos aerogeradores.**
2. Conjunto de impactos negativos introduzidos na fase de implantação e relacionados com **a degradação de ecossistemas de preservação permanente associados ao campo de dunas.**
3. Conjunto de impactos negativos integrados com as fases de **implantação e operação para viabilizar a continuidade de implantação e monitoramento dos aerogeradores com a construção de uma elevada densidade de vias de acesso (com o tráfego de caminhões, tratores e gruas), manutenção das vias de acesso (utilizadas na fase de operação para o monitoramento e conservação dos aerogeradores)** e as áreas destinadas aos equipamentos de controle e acompanhamento dos aerogeradores;
4. Os impactos negativos relacionados com os ruídos dos rotores, os visuais e interferências nas rotas de aves migratórias são acrescidos com os promovidos pelo tráfego de veículos (coleta de dados e manutenção dos aerogerados), **de tratores para a retirada dos corpos dunares que migram na direção dos aerogeradores e vias de acesso e manutenção constante das áreas fixadas (impedir a movimentação das areias sobre as vias de acesso e demais edificações).**

3. CONCLUSÕES

A Constituição Federal, a Lei Federal nº 7.661/88 e a própria legislação ambiental do Estado do Ceará exigem para licenciamento ambiental em Zona Costeira, o Estudo de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto Ambiental. Em não observando essas normas, o Órgão ambiental cearense coloca na ilegalidade todos os parques eólicos em construção ou construídos no Estado, inclusive sob a perspectiva do Direito Internacional Público.

No caso de Aracati há dois motivos a mais para a necessária exigência de EIA- RIMA: **as usinas eólicas estão sendo implantadas em campos de dunas repletas de sítios arqueológicos.**

Trazer esta tese para o **XVIII Encontro Nacional do Ministério Público** é uma possibilidade de denunciar aos colegas de todo o Brasil o crime ambiental que se estar perpetrando no Estado do Ceará, crime esse cometido sob **o álibi da energia limpa e financiado pelo Estado Brasileiro.**

No momento em que escrevia estas linhas, a comunidade do Cumbe, em protesto pelas agressões e desrespeitos de toda ordem por parte do poder público e das empresas eólicas (rachadura das casas, igreja e escola em decorrência do transportes das enormes e pesados aerogeradores, poeira e lama invadindo suas casas, destruição das lagoas interdunares e aqüífero da comunidade....) fechava a estrada que dá acesso às dunas[4]. **À comunidade do Cumbe dedico este texto.**

4. REFERÊNCIAS

Antunes, Paulo de Bessa **Direito Ambiental, 6ª edição revista, ampliada e atualizada**, Editora Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 2002.

Brasil. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988 / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2005 (Coleção Saraiva de Legislação).

Duarte, Patrícia dos Santos ; Rodrigues da Rocha, Pierre Chataing Klausen ; Rangel Neto Pedro José Moacyr, e – Alé, Jorge Villar (Orient.) **Aspectos de Impacto Ambiental dos Parques Eólicos na Realidade do Rio Grande do Sul**. Disponível em http://www.pucrs.br/ce-eolica/2006/2006-4-semesan.pdf, Acesso em 02 set 2009.

Meireles, Jeovah de Andrade. **Impactos ambientais promovidos pela implantação e operação de usinas eólicas em áreas de preservação permanente (APP's) – Os campos de dunas fixas e móveis da planície costeira do Cumbe, Município de Aracati,** impresso, Fortaleza, 2008.

[4] http://diariodonordeste.globo.com/materia.asp?codigo=669526

027

CONTRATAÇÃO DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS POR PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO – APLICABILIDADE, DESVIOS E INVESTIGAÇÃO

Carlos Alberto Hohmann Choinski

Promotor de Justiça/PR

Resumo: Contratação de instituições financeiras por órgãos da Administração Pública – Limites de Possibilidade – Parâmetros constitucionais – Hipóteses de incidência e não-incidência – Contratação de serviços – Investigação

Iniciado a partir do processo de privatização de bancos estatais e fomentada pela política neo-liberal, nos últimos dez anos as instituições financeiras, mesmo as privadas, passaram a olhar para os órgãos da Administração Pública como 'clientes' e, a partir de então, instalou-se discussão jurídica sobre os limites de possibilidade de tais contratações. Este estudo visa orientar aos Promotores de Justiça os parâmetros de legalidade ou ilegalidade destas contratações, segundo as normas constitucionais e o princípio do interesse público.

1) Parâmetros Constitucionais e Legais disciplinadores do regime de movimentação financeira dos entes de direito público

Reza a Constituição Federal em seu artigo 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."*

Dando conformação a esta ordem constitucional a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/00), em seu artigo 43, repetiu nos mesmos termos a ordem:

> *"Art. 43. As disponibilidades de caixa dos entes da Federação serão depositadas conforme estabelece o §3º do art. 164 da Constituição."*

Assim, ainda que houvesse qualquer discussão acerca da eficácia plena da norma constitucional, com o advento da Lei Complementar nº 101/00 ficou clara a aplicação imediata e plena daquela regra.

Dúvida permaneceria acerca do que pode ser interpretado como "disponibilidade de caixa', ao que socorre a definição de DE PLÁCIDO E SILVA:

> *"Num conceito econômico e financeiro, exprime o vocábulo (disponibilidade) a soma dos bens de que se pode dispor, sem qualquer ofensa à normalidade dos negócios de uma pessoa. (...) Indicam-se, por isso, os 'recursos', sejam os bens móveis ou imóveis, em títulos ou em dinheiro, que possam ser utilizados (vendidos, trocados, alienados) sem acarretar dificuldades a quem deles dispõe."*[1]

[1] SILVA, De Plácido. Vocabulário Jurídico. 15. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 280.

Quanto ao conceito de 'instituição financeira oficial'[2] vale a lição de JOSÉ AFONSO DA SILVA que define:

> *"São públicas (ou oficiais) as instituições financeiras instituídas pelo Poder Público, com natureza de empresa pública ou de sociedade de economia mista."*[3]

Caso alguma dúvida de interpretação ainda pairasse sobre a leitura da obrigatoriedade prevista na Constituição, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou, em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade:

> *"Ação direta de inconstitucionalidade. Medida Cautelar. Artigo 3º da Emenda Constitucional nº 37 do Espírito Santo. Nova redação conferida ao art. 148 da Constituição Estadual, determinando que as disponibilidades de caixa do Estado, bem como as dos órgãos ou entidades do Poder Público Estadual e das empresas por ele controladas, sejam depositadas na instituição financeira que vier a possuir a maioria do capital social do BANESTES, decorrente de sua privatização, na forma definida em lei.* ***Aparente ofensa ao disposto no art. 164, §3º da Constituição Federal, segundo o qual as disponibilidades financeiras de Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como as dos órgãos ou entidades do Poder Público e das empresas por ele controladas, devem ser depositadas em instituições financeiras oficiais, ressalvados os casos previstos em lei. Tal lei exceptiva há que ser a lei ordinária federal, de caráter nacional. Existência, na lei complementar federal nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), de previsão segundo a qual as disponibilidades de caixa dos entes da Federação serão depositadas conforme estabelece o §3º do ar.t 164 da Constituição (art. 43, caput). Ofensa, ademais, ao princípio da moralidade previsto no artigo 37, caput, da Carta Política.*** *Medida Cautelar Deferida." (ADI 2600/MC/ES – Rel. Ellen Gracie., j. 24/04/2002, decisão unânime).*

Evidenciado, portanto, o caráter de aplicabilidade imediata e eficácia plena, próprios das normas constitucionais de vedação, que não há interpretação possível que admita a contratação de instituição financeira privada para receber disponibilidades financeiras de entes públicos.

2) Os processos de privatização e sua incursão nas disponibilidades financeiras dos entes de direito público

Ainda que existente norma constitucional superiora estabelecendo vedações à possibilidade de contratação de instituições financeiras não-oficiais, através do uso de Medida Provisória, na execução da política de privatização de instituições financeiras, especialmente aquelas ligadas a Estados federados, foi incluída uma hipótese de ampliação ao campo da utilização das disponibilidades de caixa.

O artigo 4º, §1º da Medida Provisória nº 2.192-70 (em vigência) possuía a seguinte redação:

> *"As disponibilidades de caixa dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos órgãos ou das entidades do poder público e empresas por eles controladas poderão ser depositadas em instituição financeira submetida a processo de privatização ou na instituição financeira adquirente de seu controle acionário, até o final do exercício de 2010."*

Esta regra, então, ampliava a extensão do conceito de 'instituição financeira oficial' e permitiu uma verdadeira corrida das instituição financeiras privadas, cuja finalidade é a obtenção de lucros, a todos os entes da Administração Pública Geral.

A redação do artigo 4º, §1º da MP 2192-70, todavia, ainda continha uma dupla interpretação: somente os órgãos da pessoa jurídica de direito público interno que estivesse vendendo seus ativos poderiam mantê-los no banco adquirente ou qualquer pessoa jurídica de direito público poderia instalar-se neste instituição financeira 'privatizante'.

Este dado é relevante porque, estaria, permitindo que uma instituição financeira que comprasse um banco no Pará, pudesse contratar com algum Município do Rio Grande do Sul.

---

[2] Além da interpretação literal que se possa fazer do adjetivo 'oficial' é importante lembrar que o legislador sempre considerou este termo para caracterizar instituição financeira de caráter público, tanto que a Lei nº 7.492/86 tipifica dois crimes contra o sistema financeira, fazendo referência específica a 'instituição financeira oficial': no art. 19, como circunstância qualificadora do tipo penal e no art. 20, como elemento específico do tipo penal.

[3] SILVA, José Afonso da Silva. Curso de Direito Constitucional, 10. Ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 756.

Para dirimir esta dúvida, o próprio Banco Central do Brasil, órgão cuja principal função é controlar a atividade financeira no Estado Brasileiro, no afã de por fim à discussão, emitiu o ofício circular nº 3.247 de 14 de julho de 2004 onde indicava que as entidades privatizadas **estavam excluídas das entidades abrangidas pelas expressões 'instituições financeiras oficiais' ou 'públicas' ou 'bancos oficiais' ou 'públicos', ou assemelhadas.**[4]

Com este entendimento, o Estado do Paraná, por exemplo, estaria autorizado a manter disponibilidades financeiras no Banco Itaú S/A, porém nenhum município paranaense (porque não era o titular dos ativos a serem privatizados) estaria autorizado a firmar contratos com tal instituição.

Os bancos privados, todavia, cuja atividade finalística é sempre o de captação de recursos em depósitos, viram a possibilidade de ampliar o nicho de sua atividade, e passaram a assediar com intensa freqüência os Municípios e suas autarquias, com o propósito de convencê-los a migrar suas contas para suas instituições.

Para tanto, ignorando a interpretação restritiva dada a norma, vendiam a ideia de que, uma vez tendo participado e assumido o controle acionário de qualquer banco privatizado, estariam aptos a participar, em concorrência, no 'mercado das instituições públicas'.

Veio, então, a escalada dos chamados contratos de manutenção financeira, contratos de pagamentos de subsídios a servidores, vendas de seguros e outros tantos serviços praticados pelo mercado bancário, no Brasil.

Especialmente os Municípios, mal orientados e encantados com a possibilidade de viabilização de recursos, abriram suas portas para diversas negociações com instituições financeiras privadas, umas através de contratos, outras através de convênios, outras realizando licitação e outras simplesmente ignorando tal exigência.

Em setembro de 2005, o Supremo Tribunal Federal, em apreciação de medida cautelar de Ação Direta de Inconstitucional nº 3.578-9/DF, suspendeu a eficácia do art. 4º, §1º da MP 2192-70, conforme a seguinte ementa:

> *"Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade: caso de excepcional urgência, que autoriza a decisão liminar sem audiência dos partícipes da edição das normas questionadas (LADIn, art. 10, § 3º), dada a iminência do leilão de privatização do controle de instituição financeira, cujo resultado poderia vir a ser comprometido com a concessão posterior da medida cautelar.*
> *II. Desestatização de empresas públicas e sociedades de economia mista: alegação de exigência constitucional de autorização legislativa específica, que - contra o voto do relator - o Supremo Tribunal tem rejeitado; caso concreto, ademais, no qual a transferência do controle da instituição financeira, do Estado-membro para a União, foi autorizada por lei estadual (conforme exigência do art. 4º, I, a, da MPr 2.192-70/01 - PROES) e a subseqüente privatização pela União constitui a finalidade legal específica de toda a operação; indeferimento da medida cautelar com relação ao art. 3º, I, da MPr 2.192-70/01, e ao art. 2º, I, II e IV, da L. 9.491/97.*
>
> *III. Desestatização: manutenção na instituição financeira privatizada das disponibilidades de caixa da administração pública do Estado que detinha o seu controle acionário (MPr 2.192-70/01, art. 4º, § 1º), assim como dos depósitos judiciais (MPr 2.192-70/01, art. 29): autorização genérica, cuja constitucionalidade - não obstante emanada de diploma legislativo federal - é objeto de questionamento de densa plausibilidade, à vista do princípio da moralidade - como aventado em precedentes do Tribunal (ADIn 2.600-MC e ADIn 2.661-MC) - e do próprio art. 164, § 3º, da Constituição - **que não permitiria à lei, ainda que federal, abrir exceção tão ampla à regra geral, que é a de depósitos da disponibilidade de caixa da Administração Pública em instituições financeiras oficiais; aparente violação, por fim, da exigência constitucional de licitação (CF, art. 37, XXI); ocorrência do periculum in mora: deferimento da medida cautelar para suspender ex nunc a eficácia dos arts. 4º, § 1º**, e 29 e parágrafo único do ato normativo questionado (MPr 2.192/70/01)."*

Com tal decisão, enfim, restou suspensa a vigência e a eficácia da norma que autorizaria as instituições financeiras privadas a contratarem disponibilidades de caixa com entes de direito público. O problema, todavia, ainda remanesce na medida em que muitas instituições financeiras e muitos órgãos da Administração Pública simplesmente ignoraram o comando legal dado pelo Supremo, dotado de eficácia contra todos e efeito vinculante.

---

[4] Ofício Circular nº 3.247 de 14 de julho de 2004, encontrável no sítio www.bcb.gov.br

3) Problemáticas pontuais acerca de contratações com instituições financeiras

3.1. Contratos para manutenção de disponibilidades de caixa

Decorre do resumo do presente trabalho que toda a contratação entre entes de direito público e instituções financeiras não oficiais é **nula de pleno direito,** devendo ao Ministério Público a incumbência de velar pela retificação da legalidade nos atos já contraídos.

Como a medida cautelar deferida pelo Supremo Tribunal Federal possui efeitos *ex nunc,* muitos agentes públicos e instituições financeiras ainda defendem a legalidade de atos contraídos antes de 14 de setembro de 2005. Todavia, três observações devem ser feitas objetivamente: a ADIN ainda aguarda decisão definitiva e, se esta for no mesmo sentido da cautelar deferida, possuirá efeitos *ex tunc,* tornando nulos de pleno direito todos as contratações havidas (1); não há impedimento formal para que o Ministério Público, em sede ação civil pública ou ação de improbidade administrativa, advogue a tese da inconstitucionaidade em concreto da MP 2192-70, em cada caso de contratação, podendo ser declarado pelo juiz singular ou Tribunal a mesma inconstitucionalidade já então apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, mas como os efeitos necessários a declaração de nulidade dos atos (2); tratando-se, geralmente, de contratos que se protaem no tempo, estes contratos teriam perdido o fundamento jurídico de validade a partir de 14 de setembro de 2005, data da decisão do STF (3).

Todo o velamento destas situações, portanto, pode ser feita em sede de investigação e prerrogatíva do Ministério Público Estadual, no exercício da atividade de controle do patrimônio público.

3.2. Contratos de prestações de serviços, como pagamento de folha de servidores, contratação de seguros e outros serviços financeiros

A norma constitucional que veda a manutenção de disponibilidade de caixa em instituições financeiras não oficiais, por se tratar de norma de vedação, deve ter interpretação restritiva.

Por isso, não há impedimento para que os entes de direito público, realizem contratos de prestação de serviços ou contratação de produtos com instituições financeiras, **desde que isso não importe em manutenção de disponibilidades de caixa.**

Em julgamento da RE 444056, o Ministro Carlos Velloso, deixou firmado tal entendimento ao afirmar:

> *" (...) a determinação contida no art. 164, §3° da Constituição Federal tem a finalidade de garantir as finanças públicas e a preservação do patrimônio estatal contra o risco de quebra das instituições financeiras privadas, sendo certo, assim, que o valor necessário à quitação de folha de pagamento dos servidores do Município deve ser depositado em banco oficial.*
> (...)
> Os pagamentos realizados aos servidores municipais não são disponibilidades de caixa, pois tais recursos, uma vez postos à disposição de servidores, têm caráter de despesa liquidada, pagamento feito, não estando disponíveis ao Município, pessoa jurídica de direito público interno, mas estão disponíveis aos servidores, credores particulares.
> (...)
> *Disponibilidade de caixa não se confunde com depósito bancário de salário, vencimento ou remuneração de servidor público, sendo certo que, enquanto a disponibilidade de caixa se traduz nos valores pecuniários de propriedade do ente de federação, os aludidos depósitos constituem autênticos pagamentos de despesas, conforme previsto no art. 13 da Lei 4.320/64."*

Ficou asseverado, portanto, que quando recursos são transferidos para instituição financeira não-oficial com o fim exclusivo de prestação de serviço (na hipótese, pagamento de folha de salários), não há ilegalidade e nem lesão ao interesse público.

Algumas observações, no entanto, são de relevante, especialmente para a atividade investigatória do Ministério Público:

1) toda a contratação de serviços de instituições financeiras exigem a precedência de regular processo licitatório.

Algumas instituições financeiras (como o caso do Banco Itaú S/A, que comprou o Banestado S/A), defenderem a tese da inexigibilidade de licitação, por ausência de concorrência. Todavia, este argumento não se justifica e se tratando de contratação de produtos ou serviços, como qualquer outro, deve ser precedido de regular processo licitatório. Toda a contratação realizada, portanto, sem licitação, é nula e passível de responsabilização penal e por improbidade administrativa.

2) os contratos de prestação de serviços não podem conter cláusula de obrigatoriedade de manutenção de disponibilidades depositadas na instituição contratada.

No meio bancário, se utiliza de um método pelo qual o banco exige que, para realizar determinados pagamentos, as disponibilidades estejam livres em um, dois ou até três dias úteis anteriores ao pagamento. Muitas vezes, em se tratando de contrato com o poder público, tal regra pode dar margem a um subterfúgio pelo qual as disponibilidades de caixa ficam à mercê da instituição financeira (para, inclusive, movimentar este dinheiro no mercado financeiro) por vários dias, em prejuízo ao patrimônio público (o dinheiro fica sem aplicação) e causando enriquecimento ilícito da instituição financeira. Assim, deve ser grafado que a oneração contratual deve ser restringir aos ônus financeiro do objeto do contrato, não admitindo-se regras paralelas pelas quais as instituições financeiras venham a obter vantagem indevida.

Ao Ministério Público, em caso de investigação, a melhor forma de se comprovar sobre este fato é requisitar junto à instituição financeira (por via judicial ou administrativa, uma vez que entes de direito público não estão acobertados pelo sigilo bancário) cópia dos extratos de movimentação das contas oficias do ente de direito público e proceder uma auditoria.[5]

O mesmo pensamento se aplica a contratação de outros serviços como emissão de carnês, contratação de seguros, e outras atividades financeiras que não podem admitir a exigência de manutenção de conta corrente ou depósito prévio de disponibilização, porque, nestes casos, estariam equiparados à disponibilidade de caixa e, portanto, inconstitucionais.

4. Papel do Ministério Público

Na atuação do controle do patrimônio público, incumbe ao Ministério Público velar pela correta aplicação dos saldos financeiros de uma instituição pública, evitando-se contratos de riscos ou ações temerárias, tanto por parte de instituições financeiras privadas, sujeitos às turbulências do mercado financeiro, como também para evitar o malbaratamento irresponsável de gestores públicos.

Mesmo ao argumento de que há uma contrapartida financeira para cada contratação, há que se ponderar que há regra constitucional vedativa, retirando qualquer validade a tal argumento. Além disso, tratando-se de patrimônio público, a atividade lucrativa é relativizada pela segurança das manutenções financeiras e a correta e transparente aplicação do dinheiro público.

Neste sentido, além das tradicionais ações civis públicas buscando a nulidade deste tipo de contratação, ou ações de improbidade administrativa, buscando a responsabilidade dos gestores públicos por prática de ato ilegal, presumivelmente lesivo, há ainda a possibilidade de mediante ação civil pública, discutir a responsabilidade pelo dano moral causado pela instituição financeira privada, mediante obtenção de vantagens financeiras através de subterfúgios ilegais.

Assim, um vértice de atuação ministerial poderá ser a discussão de condenação por danos materiais e morais ao patrimônio do ente público, mediante utilização de prática inconstitucional, lesiva e abusiva.

5. Conclusão

Este pequeno trabalho tem por fim as seguintes conclusões:

1) é nula de pleno direito toda a contratação de instituição financeira não oficial para gestão de disponibilidades de caixa de entes de direito público, em face de expressa vedação constitucional;

2) a regra do art. 4º§1º da MP 2192-70, que permitiu transitoriamente a instituições financeiras contratarem entes de direito público, teve sua inconstitucionalidade declarada, em face da ADI 3578-9, do STF, estando com sua eficácia suspensa;

3) a contratação para gerência de disponibilidade de caixa, ainda pode ser discutida em sede de ação civil pública, com controle concreto de constitucionalidade, mediante ação civil pública proposta pelo Ministério Público;

4) a manutenção de disponibilidade de caixa em bancos não oficiais representa gestão temerária aos recursos públicos e constitui, na maioria dos casos, em forma de enriquecimento ilícito das instituições financeiras privadas;

5) é admissível a contratação de serviços de instituições financeiras, desde que sejam precedidas de licitação e não exijam depósitos de disponibilidade de caixa ou criem regras de execução que favoreçam a instituição privada, em detrimento do patrimônio público;

6) é papel do Ministério Público exerce o controle de tal atividade, mediante investigação e propositura de ações civis públicas, buscando a declaração de nulidade de contratos deste gênero, bem como a responsabilização das instituições financeira privadas que, porventura, venha a obter vantagens ilícitas em razão destes contratos, sem prejuízo das responsabilidades penais ou por improbidade administrativa.

---

[5] Cite-se como exemplo, em Cascavel, em contrato deste gênero, foi apurado um saldo médio diário em contas financeiras de banco privado, no valor de R$ 143.000,00, completamente desproporcional ao objeto do contrato e resultando em vantagem financeira abusivo à instituição financeira

Bibliografia

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. **10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.**

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo. **2ª ed. São Paulo: Malheiros. 1995.**

FIGUEIREDO, Marcelo. Probidade Administrativa: Comentários à Lei 8.429/92 e Legislação Complementar. **2ª ed. São Paulo: Malheiros. 1997.**

_____. O controle de moralidade na Constituição. **São Paulo: Malheiros, 1999.**

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Probidade Administrativa. **São Paulo: Saravia. 2001.**

OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. **São Paulo: RT, 2000.**

_____. Improbidade Administrativa. **Porto Alegre: Síntese: 1997.**

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais da Administração Pública. **Belo Horizonte: Del Rey. 1994.**

SILVA, De Plácido. Vocabulário Jurídico. 15. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999

SILVA, José Afonso da Silva. Curso de Direito Constitucional, 10. Ed. São Paulo: Malheiros, 1999

028

A PRESUMIDA LESÃO AO ERÁRIO EM RAZÃO DA FRUSTRAÇÃO DA LICITUDE DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

Renato de Lima Castro*

Promotor de Justiça/PR

A Lei nº 8429/92 (Improbidade Administrativa) delineia três espécies de atos de improbidade administrativa, sendo eles: que geram enriquecimento ilícito ao agente (art. 9º); que causam lesão ao erário (art. 10) e que violam os princípios norteadores da Administração Pública.

Nos termos do art. 10, *caput,* da Lei n.º 8429/92, "constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário, qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, mal barateamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e **notadamente:**

VIII – frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente.

Assim, na hipótese do sujeito frustrar a licitude de um processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente, estará sujeito às sanções decorrente da prática do ato ímprobo, independente da concreta lesão ao erário municipal, ou se exige do Ministério Público, autor da ação, a demonstração do dano efetivo e material causado aos cofres públicos?

Em outras palavras, a lesão ao erário, estabelecida pelo art. 10, inciso VIII da Lei de Improbidade Administrativa, deve ser concreta ou presumida?

A resposta a esta indagação é o objeto desta investigação.

1. Objetivo do processo licitatório

Preceitua o art. 2º da Lei de Licitações que "as obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratados com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta lei".

Em complemento a essa disposição legal, dispõe o art. 3º que "a Licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos" (art. 3º).

A Licitação Pública deriva do **princípio da indisponibilidade do interesse público**, o qual se traduz numa verdadeira condicionante à liberdade do administrador Público na escolha do contratante, uma vez que está obrigado a contratar com aquele cuja proposta melhor atenda ao interesse público (mais vantajosa à Administração Pública).

Excepcionalmente, a Lei de Licitações dispensa a prévia licitação, admitindo-se a contração direta, nas hipóteses de dispensa e de inexigibilidade de licitação, encartadas, respectivamente, nos arts. 24 e 25 da Lei de Licitações.

* Renato de Lima Castro (Promotor de Justiça de Entrância Final, designado na Promotoria de Defesa do Patrimônio Público da Comarca de Londrina; Rua Capitão Pedro Rufino, n.º 605, Jardim Europa, CEP. 86015-700, Londrina, telefones: 043 – 33729242; Cel. 99284086. E-mail – rlcastro@mp.pr.

Conclui-se, portanto, que a licitação pública presta-se a uma dupla finalidade, expressamente delineada por lei (art. 3º): garantir a igualdade entre todos os licitantes; conferir à Administração Pública a proposta mais vantajosa.

Os objetivos da licitação pública, todavia, são violados em razão da concretização do ato de improbidade administrativa descritos no art. 10, inciso VIII da Lei de Improbidade Administrativa - frustração da licitude da licitação pública, ou por sua dispensa indevida.

2. Presumida lesão ao erário: Justificativa

Renomados administrativistas[1] consideram que o art. 10, da Lei de Improbidade Administrativa, exige uma **concreta** perda patrimonial ao erário, como *conditio sine qua non* à concretização deste ato ímprobo. O Superior Tribunal de Justiça, de igual sorte, assim se orientou recentemente, com voto divergente da eminente ministra Elen Grace.[2]

Esta orientação, entretanto, não subsiste diante de uma interpretação, gramatical e teleológica, do art. 10, da Lei de Improbidade Administrativa.

Neste vértice, por meio de simples interpretação gramatical, pode-se afirmar que toda ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres dos entes descritos no art. 1º da Lei de Improbidade Administrativa, constituirá ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário. Esta interpretação, sem dúvida nenhuma, reputa-se incontroversa.

Por outro lado, o legislador apresentou uma série de situações fáticas que devem ser interpretadas, sistematicamente, em conformidade com o "caput' da disposição.

De efeito, constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário, qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que frustre a licitude do processo licitatório ou dispense-o indevidamente. O dano patrimonial decorre, simplesmente, da prática dos comportamentos ímprobos descritos pela norma (frustração licitude ou dispensa indevida). Esta interpretação é fruto da lógica conjugação do inciso VIII do art. 10, com o *caput* da disposição.

O dano, nesta hipótese, é preconcebido por lei. Significa afirmar, assim, que basta que o Ministério Público comprove o fato antecedente – a fraude ou a indevida dispensa de licitação - que se terá por concretizado o fato subseqüente – o prejuízo ao erário.

Observe que a presunção do dano não é matéria estranha ao Direito Administrativo, já que art. 4º da Lei de Ação Popular encerra inúmeras hipóteses de dano presumido ao erário, cujas presunções foram preestabelecidas por expressa disposição legal.

Com o propósito de resguardar coerência e logicidade ao regime jurídico administrativo nacional, há que se interpretar o art. 10, inciso VIII, da Lei de Improbidade Administrativa, da mesma forma em que se interpreta o art. 4º da Lei de Ação Popular, já que, nas duas hipóteses, o legislador explicitou as hipóteses fáticas em que o dano ao erário é presumido. Neste sentido, registre a importante decisão do Supremo Tribunal Federal acerca do tema:

> "A lesividade decorre da ilegalidade. Esta é *in re ipsa.* O agente administrativo apenas pode decidir em face das finalidades encampadas no ordenamento jurídico. A ele é dada a competência apenas para que atinja boa prestação dos serviços públicos. O fim gizado na norma constitucional ou legal é o objetivo único do agente. Sua competência destina-se a alcançar os fins traçados no sistema normativo. A ilegalidade do comportamento, por si só, causa o dano".[3]

Anote-se, ademais, que o art. 2º, alínea c, da Lei de Ação Popular reputa como nulo e lesivo ao patrimônio público, o ato administrativo que contenha ilegalidade de seu objeto. Parece incontroverso, na espécie, que a frustração da licitude de processo licitatório ou sua dispensa indevida materializa, exatamente, um objeto ilícito, cuja graduação da ilicitude chega a seu grau máximo (nos variados ramos do Direito, acomete-se ao Direito Penal a tutela dos comportamentos ilícitos de maior gravidade).

Não se olvide que o ato ímprobo descrito no art. 10, inciso VIII retrata, na realidade, o injusto penal encartado no art. 89, *caput*, da Lei de Licitações Públicas, segundo o qual se constitui em fato delituoso "dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou inexigibilidade".

---

[1] MARINO, Pazzaglini Filho. Lei de Improbidade Administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal: legislação e jurisprudência atualizadas. São Paulo: Atlas, 2002, p. 73; BERTONCINI, Mateus. Ato de improbidade administrativa: 15 anos da Lei n. 8429/92. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 201.

[2] "ADMINISTRATIVO. ATO DE IMPROBIDADE. CONFIGURAÇÃO. 1. Esta corte, em precedente da Primeira Seção, considerou ser indispensável a prova de existência do dano ao patrimônio público para que se tenha configurado o fato de improbidade, inadmitindo o dano presumido. Ressalvado o entendimento da relatora. 2. Após divergências, também firmou a Corte que é imprescindível, na avaliação do ato de improbidade, a prova do elemento subjetivo. 3. Recurso Especial conhecido em parte, e, nessa parte, improvido" (REsp 621415-MG, 2003/0211229-2, j. 16-02-2006, DJ 30-05-2006, p. 134. No mesmo sentido, REsp 917437/MG; 2007/0008753-3; julgado em 16-09-2008, DJ 01-10-2008.

[3] RE 160.381-SP, rel. Min. Marco Aurélio, j. em 29.03.94, DJ. 20-03-1994, p. 20052, citado na Apelação Cível n.º 784190-5-2.

Note-se que o legislador prestigiou esta espécie de ato de improbidade administrativa (art. 10, inciso VIII), reprisando-a no âmbito do Direito Penal, em notória demonstração da proeminência dos valores resguardados pelos respectivos micro-sistemas jurídicos.

Assim, ao frustrar-se a licitude de processo licitatório, ou mesmo dispensá-lo indevidamente (por intermédio de simples contratação direta, ou mesmo por invocar-se uma hipótese de dispensa ou inexigibilidade inexistente), viola-se o escopo maior da licitação pública, que é garantir **o princípio da isonomia** e conferir à Administração Pública a proposta **mais vantajosa.**

Descumpridos estes comandos (isonomia; proposta mais vantajosa), referendado pela Constituição Federal e pelas normas infraconstitucionais, devem os agentes púbicos ser condenados a ressarcir o erário, com o respectivo reconhecimento de nulidade do contrato administrativo decorrente, já que, m absoluta liberdade de vontade, praticaram o fato antecedente e pressuposto da lesão presumida – **a fraude de licitação ou sua dispensa indevida.**

Reputa-se inadmissível que o agente público, aprovado em concurso para cumprir uma função predefinida por lei, desvirtue suas atribuições, favorecendo apadrinhados em desfavor, a um só tempo: dos demais interessados na prestação do objeto licitado ou contratado sem licitação (princípio da isonomia); da Administração Pública, que não obterá a proposta mais vantajosa em razão da ausência de competição.

É esclarecedora a lição de Sérgio Ferraz e Lúcia Figueiredo, segundo os quais:

> "quem gastar em desacordo com a Lei, há de fazê-lo por sua conta, risco e perigo. Pois, impugnada a despesa, a quantia gasta irregularmente terá de retornar ao erário público. Não caberá a invocação, assaz de vezes realizada, de enriquecimento da Administração. Ter-se-ia, consoante essa linha de argumentação, beneficiado com a obra, serviço e fornecimento, e, ainda mais, com o recolhimento dos responsável ou responsáveis pela despesa considerada ilegal".[4]

Observe, outrossim, que além do comando normativo encartado no art. 37, inciso XXI da Constituição Federal, no sentido de que a contratação de obras ou serviços com o poder público deve ser precedido de licitação, tem-se o descumprimento de regras funcionais, segundo as quais exigem do agente público agir em absoluta conformidade com a lei, praticando ações administrativas em busca da satisfação do interesse público. Na espécie, todavia, o sujeito pratica ato ímprobo e delituoso, devendo arcar com o ônus deste comportamento negativamente valorado.

Como raciocínio paralelo, guardadas as peculiaridades de cada ramo jurídico, no âmbito do Direito Penal impõe-se a sanção ao agente que pratica o comportamento descrito no tipo de injusto, independente da concreta lesão ao erário, ou mesmo a correspondente devolução das quantias eventualmente desviadas.

A improbidade administrativa, contida no âmbito do direito administrativo sancionador, não pode desconsiderar o comportamento ímprobo (e delituoso) do agente público, que, por meio de ação ou omissão, viola a igualdade dos licitantes e impede que a Administração Pública obtenha a proposta mais vantajosa, escopo da licitação pública, sem lhe impor a devida sanção: dever de indenizar.

Não é crível que o titular da Ação de Improbidade Administrativa, necessite comprovar um dano presumido pela norma de regência, quando a comprovação do dano, na espécie, é de inviável demonstração.

Nada mais exato. A simples contratação direta de uma empresa para prestar serviço ao poder público, sem a prévia licitação, elimina a participação de outros licitantes que, em igualdade de condições, poderiam apresentar preços mais vantajosos à Administração Pública.

Nesse vértice, quantas empresas poderiam ter participado de um processo licitatório destinado à prestação do objeto licitado, ampliando o número de ofertas à Administração Pública, possibilitando-a obter a proposta mais vantajosa? Como seria possível ao titular da ação de improbidade administrativa demonstrar que, concretamente, a Administração Pública não obteve a proposta mais vantajosa, diante da frustração da licitude do processo licitatório ou mesmo de sua dispensa indevida?

Esta produção probatória seria diabólica, porque inviável e indemonstrável.

É induvidoso que a existência de uma proposta prévia e arbitrariamente escolhida pelos agentes ímprobos, materializou dano ao erário, cuja dimensão, entretanto, não pode ser mensurada, pelas razões expostas. A presunção do dano, tal como admitido pela Lei de Improbidade Administrativa, compatibiliza-se com a natureza da matéria.

Desta impossibilidade de mensurar os danos efetivamente ocasionados resulta uma conseqüência inarredável: os agentes públicos devem ser condenados a pagar à Administração Pública o valor contratado (cuja contratação adveio, por óbvio, da frustração da licitude de uma licitação), em solidariedade com os particulares que tenham concorrido para a concretização do fato ímprobo (art. 59, par. Único da Lei de Licitações – interpretação em sentido contrário).

Hugo Nigro Mazzilli, em hipótese análoga, assim se pronunciou:

---

[4] Citado na Apelação Cível n. 570605 5/2-00, Comarca de Itaporanga, julgada no dia 28 de abril de 2008, relator Desembargador Pires de Araújo.

"O prejuízo ou lesividade está sempre presente quando a administração dispensa licitação ou concurso exigido pela lei. Na dispensa de concurso, a administração está contratando pessoal sem a seleção necessária, exigível não só para assegurar os critérios de probidade e impessoalidade da Administração (art. 37, caput, da CF), como ainda para recrutar os melhores dentre os candidatos às vagas; na dispensa de licitação, estará indevidamente abrindo mão do direito-dever de selecionar entre os melhores preços e a melhor qualidade entre os concorrentes; na violação da lei, está causando prejuízo à moralidade administrativa".[5]

Wallace Paiva Martins Júnior, de igual sorte, admite a presunção do dano nas hipóteses encartadas no art. 10 da Lei n. 8429/92, senão vejamos:

"Em alguns atos de improbidade administrativa (notadamente os do art. 10, mas não exclusivamente), o ressarcimento do dano é obrigatório em face da lesão patrimonial, que pode ser presumida *ex vi legis* ou demandar prova de sua efetiva ocorrência". Entende-se que, nos casos do art. 10, a lesividade dos atos arrolados **é presumida**, tal e qual ocorre com as situações descritas no art. 4º da Lei n. 4.717/65, porque a lei já indica os casos de lesão ao patrimônio público".[6]

O Tribunal de Justiça de São Paulo, em inúmeras oportunidades, tem decidido que na hipótese de frustração da licitude de licitação ou sua dispensa indevida o dano é presumido:

"...Quanto a alegação do réu de que não houve dano ao erário, também não pode ser acolhida. É postulado milenar do direito que quem paga mal paga duas vezes..." (TJSP, Ap. Cível n.º 570.605.5/2-00).
"....Finalmente, é preciso afastar e com veemência o infeliz argumento de que inexistiu dano ao erário Municipal.

A análise dos autos não deixa dúvida de que os réus agiram ilegalmente e frustraram a exigência de licitação, sujeitando-se à imposição das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa.

O dano ao erário é mais do que evidente. O argumento, aliás, é um escárnio, um verdadeiro deboche e desrespeito à cidadania.

É evidente que se a licitação tivesse sido instaurada como deveria, o Poder Público teria melhores condições de selecionar uma proposta mais vantajosa, além de garantir o princípio da igualdade em relação a todos aqueles advogados que com ela quisessem contratar...". "....Se assim não fosse, os administradores poderiam contratar diretamente qualquer apaniguado por seu preço razoável e se questionado sobre a legalidade da contratação brandaria o nefasto argumento da ausência de prejuízo concreto" (TJSP, Ap. cível 715.372.5/3-00).

Observe que a orientação ora defendida encontra-se expressamente albergada pela legislação vigente, ao dispor no art. 21 da Lei de Improbidade Administrativa que "A aplicação das sanções previstas nesta lei independe da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público" (art. 21, inciso I da Lei n.º 8429/92).

Anote-se, por derradeiro, que eventual compensação advinda da entrega do objeto licitado (v.g., entrega do bem; prestação do serviço), deverá ser efetivada na fase de execução da sentença que reconheça a improbidade administrativa ou mesmo ser considerada pelo órgão julgador na quantificação das sanções previstas no 12 da Lei n.º 8429-92.

3. Conclusão

Circunscrito ao exposto, conclui-se que:

– a frustração da licitude de um processo licitatório, ou sua dispensa indevida, consubstancia ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário;

– é nulo de pleno direito o contrato administrativo firmado sob tal hipótese, com presunção do dano ao erário;

– toda hipótese de verificação de eventual compensação em face da entrega do objeto ou da prestação do serviço devera ser feita em face de execução de sentença que reconheça a improbidade ou em sede de definição das sanções previstas no artigo 12.

---

[5] Citado na Apelação Cível n.º 741592-5/2/00.

[6] Probidade Administrativa, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 270; Em idêntico sentido, GARCIA, Emerson, et al. Improbidade Administrativa, 3ª Ed., Lúmen Júris Ltda: 2005, p. 261.

030

O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO DEFENSOR DO ESTADO LAICO

Edilsom Farias

Promotor de Justiça/PI

SÍNTESE DOGMÁTICA

Considerando que o Ministério Público é instituição à qual incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127, *caput*); considerando que é função institucional do Ministério Público zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos aos direitos assegurados na Constituição Federal, promovendo as medidas necessárias a sua garantia (art. 129, II); considerando que é atribuição constitucional do Ministério Público promover o inquérito civil e a ação civil pública para proteção do patrimônio público e de outros interesses difusos e coletivos (CF, art. 129, III); considerando que cabe ao Ministério Público exercer a defesa dos direitos assegurados na Constituições Federal e Estadual, sempre que se cuidar de garantir-lhe o respeitos pelos poderes estaduais ou municipais (Lei Federal 8.625/93, art. 27, I); considerando que no exercício de suas atribuições incumbe àquele órgão receber notícias de irregularidades, petições ou reclamações de qualquer natureza, promover as apurações cabíveis que lhe sejam próprias e dar-lhes as soluções adequadas (Lei nº 8.825/93, art. 27, parágrafo único); **compete ao Ministério Público promover todas as diligências que sucessivamente se fizerem necessárias para apurar se órgãos públicos estaduais ou municipais estão respeitando o princípio constitucional do Estado laico esculpido no art. 19, I, da Constituição da República em vigor, podendo, para tanto, investigar se houve (ou está havendo) dispêndio de recursos públicos para subvencionar cultos religiosos, autorizados por agentes públicos estaduais ou municipais. E comprovada despesa dessa natureza, cumpre ao *Parquet* adotar as medidas visando à devolução aos cofres públicos do montante gasto, bem como adotar as providências indispensáveis para que os referidos agentes públicos se abstenham de patrocinar ou aquiescer com a realização de cultos religiosos nos órgãos em que dirigem e ainda que retirem os símbolos religiosos exibidos nas repartições públicas.**

FUNDAMENTAÇÃO

Atualmente, observa-se no País crescente interesse do público em geral pela discussão acerca da realização do princípio do estado laico e da preservação da liberdade religiosa. Na realidade, a polêmica surgida envolve especificamente o caso da ostentação de símbolos religiosos nas repartições públicas por todo o Brasil.

Estreme de dúvida que um estímulo para esse vivo interesse social pela temática aludida tem sido as constantes solicitações endereçadas a órgãos do Poder Judiciário e ao Ministério Público, requerendo-se a retirada dos símbolos religiosos exibidos nos prédios dos governos federal, estaduais e municipais. Por exemplo, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) foi recentemente demandado para se manifestar sobre o assunto; o Ministério Público Federal, por meio da Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão de São Paulo, moveu ação judicial para obrigar a União a retirar todos os símbolos religiosos fixados em repartições públicas federais no Estado de São Paulo; o Ministério Público do Estado do Piauí está celebrando acordos com órgãos estaduais e municipais sobre a questão.

Neste último caso, o Ministério Público recebeu representação subscrita por mais de uma dezena de organizações religiosas e leigas em que se reivindicava fosse investigado dispêndios de recursos públicos para subvencionar cultos religiosos, autorizados por agente público estadual ou municipal e, comprovada a existência de despesa dessa natureza, que fossem adotadas as medidas necessárias para a devolução aos cofres públicos do montante gasto; requereu-se ainda que os dirigentes dos órgãos públicos fossem instados a retirar destes qualquer símbolo identificador de determinada religião ou seita. As citadas organizações argumentaram que tais situações e práticas violavam o princípio do estado laico, insculpido no artigo 19, I da Constituição da República Federativa do Brasil em vigor.

Assim, tendo em vista que é dever institucional do Ministério Público zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos aos direitos assegurados na Constituição Federal, promovendo as medidas necessárias a sua garantia (art. 129, II) e considerando que no exercício de suas atribuições incumbe àquele órgão receber notícias de irregularidades, petições ou reclamações de qualquer natureza, promover as apurações cabíveis que lhe sejam próprias e dar-lhes as soluções adequadas (Lei nº 8.825/93, art. 27, parágrafo único), o Ministério Público do Estado do Piauí optou pela estratégia de instaurar procedimento administrativo, realizar audiência pública, com o objetivo de colher subsídios e, alcançado acordo com as autoridades públicas, formalizá-lo por meio de Termo de Ajustamento de Conduta, que tem força legal e enseja a sua execução judicial, na hipótese de eventual descumprimento.

É oportuno, então, indagar quanto à conveniência e relevância desse elevado interesse público sobre o assunto em tela, que começa a tomar corpo por toda parte no País. Contudo, para se formular um juízo de valor sereno a respeito da relevância da matéria, afigura-se útil principiar relembrando quando e como surgiu a idéia de estado laico no mundo ocidental.

Como é cediço, em seus primórdios, o poder político era absoluto. As funções estatais executiva, legislativa e judiciária eram concentradas nas mãos do governante. Consequentemente, o soberano detinha o monopólio do poder temporal e do poder religioso. Vale ressaltar, além de exigir obediência sem contestação à sua autoridade, obrigava aos governados prestar culto ao Deus do soberano, bem como a adotar-se a fé deste. Ai daqueles que ousassem manifestar crenças diferentes das práticas religiosas dos donos do poder. Normalmente custava muito caro, pagava-se até mesmo com a própria vida. Um famoso exemplo dessa triste história é o caso de Sócrates. O filósofo grego foi condenado à morte justamente porque foi acusado de desobedecer ao Deus da cidade.[1]

Além disso, convém evocar que o fundamento do próprio poder político era Divino. Os governantes simplesmente argumentavam que eram escolhidos por Deus e que, portanto, detinham o direito natural de mandar.

Essa modalidade de despotismo político dominou por muito tempo na história das sociedades humanas, entretanto, sobretudo a partir dos séculos XVI, XVII e XVIII, na Europa ocidental, começaram a surgir diversos tipos de contestação, pelo que se convencionou denominar de renascimento, iluminismo, humanismo, liberalismo político, constitucionalismo, etc.[2] Precedente paradigmático dos conflitos e tensões oriundos desses movimentos transformadores foi o caso de Galileu, o pai da ciência moderna. Ao reavaliar as posições da Igreja a respeito da situação da terra em relação ao sol, iniciou a revolução científica.

O epílogo desse período histórico é por demais conhecido. As modernas ideias revolucionárias vão culminar com a derrubada do absolutismo político. Os Estados Unidos e a França serão os países pioneiros desse processo de pôr em prática a democratização do poder político.

Com efeito, após a proclamação da independência, a Constituição dos Estados Unidos da América foi o primeiro texto constitucional moderno a consagrar a soberania popular, não tendo mais o poder origem sobrenatural ("Nós, o Povo dos Estados Unidos, a fim de formar uma União mais perfeita, estabelecer a Justiça, assegurar a Tranqüilidade interna, prover a defesa comum, promover o Bem-Estar geral, e garantir para nós e para os nossos descendentes os Benefícios da Liberdade, promulgamos e estabelecemos esta Constituição para os Estados Unidos da América"). Daí passa a ser natural o reconhecimento da separação entre poder estatal e poder religioso, institucionalizada na primeira emenda do texto constitucional do EUA: "O Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos".

Tais princípios foram proclamados também pela Revolução Francesa e ficaram imortalizados na famosa Declaração dos Direito do Homem e do Cidadão de 1789 e nas constituições francesas posteriores.

Por seu turno, uma fundamental conquista da cidadania resultante desse processo histórico será o reconhecimento da liberdade religiosa. Doravante, as constituições escritas modernas irão prescrever a separação entre estado e religião, bem como albergar a liberdade de crença e de consciência. E esta liberdade poderia muito bem ser considerada como a primeira de todas as liberdades, porquanto, junto com a liberdade de crença, obteve-se também a liberdade de opinião, de crítica, de ciência, etc. Portanto, a liberdade religiosa inspirou o surgimento dos modernos direitos humanos.

Por outro lado, é importante frisar que a liberdade religiosa fará parte da vida privada do cidadão, implicando que no âmbito da esfera pública estado não mais terá religião. Por conseguinte, deverá agora o governo respeitar as manifestações religiosas dos cidadãos, bem como tratar com imparcialidade e igualdade todas as religiões.

Convém esclarecer que a forma de estado laico que se vem descrevendo no seu evolver histórico difere das formas de estado teocrático e de estado ateu.

Com efeito, no estado teocrático há união entre estado e religião, com a instituição de religião oficial; no estado ateu a doutrina oficial é a de que Deus não existe, impondo-se obstáculos ao funcionamento das religiões; no estado laico, como visto, a questão religiosa concerne à esfera privada das pessoas, importando a neutralidade do poder político com relação às crenças.

Em suma, desse escorço histórico infere-se que uma das grandes conquistas da cultura ocidental nos últimos séculos foi o reconhecimento da separação entre estado e religião. Ademais, pode-se até mesmo asseverar

---

[1] Edilsom Farias. *Liberdade de expressão e comunicação*. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 58.

[2] Jüngen Habermas e Joseph Ratzinger. *Dialética da secularização*: sobre razão e religião. Idéias & Letras, 2007, p. 43.

que a cultura laica emancipada dessa separação seja responsável por inúmeras conquistas importantes que se mantêm nos dias atuais, tais como o respeito aos outros, a inviolabilidade dos direitos fundamentais, a liberdade da ciência, a sofrida aceitação do pluralismo religioso e político e democracia política.[3]

Vale registrar que o princípio do estado laico foi introduzido entre nós a partir da Proclamação da República em 1889. Antes disso, vigia a união entre estado e religião. Esta junção vai perdurar por todo o período colonial e se estender até após a independência em 1822, porquanto a Constituição imperial brasileira de 1824 consagrou a religião católica como oficial: o que implicava, por exemplo, que crentes de outras religiões só podiam professar a sua fé em ambiente doméstico.

Com o advento da república, contudo, a separação entre igreja e estado veio finalmente a concretizar-se. Formalizada no ano de 1890, por meio de decreto expedido pelo governo republicano provisório e redigido por Rui Barbosa, o patrono dos advogados brasileiros, a institucionalização do princípio do estado laico trouxe, como resultado imediato, a mudança da administração dos cemitérios para a competência do Poder Público e o casamento passou a ser civil. A primeira Constituição republicana brasileira de 1891 recepcionou, então, o referido princípio, que se mantém presente em todas as constituições sucessivas.

Na Constituição Federal de 1988 a cláusula da separação entre estado e religião encontra-se disciplinada no art. 19, I, textualmente: "É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público".

Ao comentar o texto constitucional transcrito, o renomado jurista Pontes de Miranda esclarece que "*estabelecer* cultos religiosos está em sentido amplo: criar religiões ou seitas, ou fazer igrejas ou quaisquer postos de prática religiosa, ou propaganda. *Subvencionar cultos religiosos* está no sentido de concorrer, com dinheiro ou outros bens da entidade estatal, para que se exerça atividade religiosa".[4] Entretanto, além das proibições mencionadas, observa-se que o dispositivo admite a colaboração de interesse público entre órgãos estatais e igrejas, conquanto remeta à lei o poder de conformar o nível dessa colaboração.

Outra importante norma constitucional vigente, relacionada com o citado art. 19, I, está contida no art. 6º, VI, que outorga as liberdades de crença e de consciência. É de fácil compreensão essa relação, conforme visto, porque o pleno gozo da liberdade religiosa depende da efetiva realização do princípio do estado laico. Talvez isso explique o fato de os membros da Igreja Batista terem elegido, dentre as prioridades a serem defendidas pelos evangélicos no processo constituinte de 1986-1988: o princípio da separação entre a igreja e o estado e a garantia da liberdade de consciência.[5]

Resta então examinar se a destinação de espaços públicos subvencionados com dinheiro público ou a ostentação de símbolos religiosos em órgãos estatais constituem práticas violadoras do princípio do estado laico?

Do ponto de vista lógico-formal é muito difícil negar que o estabelecimento de "postos de prática religiosa" e financiados pelo erário ou a realização de "propaganda" por meio de fixação de símbolos religiosos em repartições públicas não se choquem com o núcleo básico do conceito de estado laico, tendo em vista que este pressupõe a postura de neutralidade do poder público em relação às religiões, o que evidentemente é negada pela manutenção daquelas situações.

Sob a perspectiva jurídico-constitucional é igualmente difícil negar que a Constituição Federal em vigor autoriza apenas a excepcional colaboração isonômica entre o poder público e as igrejas, em homenagem ao princípio do interesse público.

Inobstante, a defesa da manutenção dos símbolos religiosos nas repartições públicas conta com muitos adeptos. O principal fundamento invocado é o apelo à tradição: afirma-se que a referida exibição está de acordo com a cultura religiosa da maioria do povo brasileiro. Este foi o argumento esgrimido pelo Conselho Nacional de Justiça.

Com base na doutrina jurídica italiana que propõe a divisão entre interesse público primário (interesse da sociedade) e interesse público secundário (interesse dos órgãos estatais), opinou o CNJ que a ornamentação de prédios do Poder Judiciário com símbolos religiosos não viola o princípio do estado laico, sobretudo, porque estaria em conformidade com o interesse público primário, isto é, consoante os valores religiosos/culturais da maioria do povo.

Seria esse argumento pragmático suficiente para manter o *status quo* vigente? Pelo menos duas objeções podem ser apresentadas para reflexão a este respeito.

A primeira objeção diz respeito ao citado núcleo básico da noção de estado laico. Como este significa, essencialmente, que as autoridades públicas devem tratar com neutralidade as diversas religiões professadas pelos cidadãos, logo, aquelas devem mostrar igual consideração tanto pela religião da maioria quanto pela religião das minorias.[6]

---

[3] Umberto Eco e Carlo Maria Martini. *Em que crêem o s que não crêem*? Rio de Janeiro: Record, 2002, p. 130.

[4] *Apud*, José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional positivo*. 32. e.d, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 252.

[5] Luziano Pereira Mendes de Lima. *A atuação da esquerda no processo constituinte*: 1986-1988. Brasília : Câmara dos Deputados, 2009, p. 60.

[6] Ronald Dworkin. *Virtù sovrana*: teoria Del'uguaglianza. Milano: Feltrinelli, 2002, p. I.

A segunda objeção refere-se à concepção contemporânea de democracia, sintetizada na fórmula: a democracia é governo da maioria com respeito às minorias. Por conseguinte, recorrer à vontade da maioria religiosa para justificar privilégios desta em relação às minorias parece chocar-se com o hodierno ideário de democracia.

Para concluir, vale à pena destacar os dois requisitos basilares na relação igreja-estado, segundo o filósofo norte-americano Sidney Hook: (1) os indivíduos, qualquer que seja sua religião ou a não-religião, estão intitulados aos mesmos direitos e deveres como cidadãos de uma democracia; (2) numa sociedade pluralista quanto à religião (várias religiões), as crenças religiosas e os atos resultantes da observância destas crenças devem ser matéria privada. O Estado não apóia, não estabelece nenhuma religião em particular e nem todas em conjunto.[7]

Com relação ao primeiro requisito, não há duvida de que a Constituição brasileira vigente confere direitos e deveres iguais para todas as pessoas, independentemente de suas convicções religiosas. A tese aqui narrada reporta-se obviamente ao segundo requisito.

Destarte, constitui verdadeiro "desafio cognitivo" demonstrar que o estado não apóia nenhuma religião em particular ou em conjunto, apesar de exibir vistosamente em seus estabelecimentos abertos ao público em geral símbolos religiosos. Não seria essa ostentação de símbolos religiosos "resquícios de um passado terminado"?

[7] *Apud*, Cecilia Caballero Lois *et al. A constituição como espelho da realidade*: interpretação e jurisdição constitucional em debate – homenagem a Silvio Dobrowolski. São Paulo: LTr, 2007, p. 47.

031

CONSELHOS DE PARTICIPAÇÃO POPULAR E A EFETIVAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Valério Bronzeado

Ministério Público/PB

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. ESPAÇOS DE PARTICIPAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL NO GOVERNO; 3. FORMAS DE PARTICIPAÇÃO POPULAR; 4. INSTRUMENTOS DE ATUAÇÃO DOS CONSELHOS – AS RESOLUÇÕES; 5. EXEMPLOS DE RESOLUÇÕES; 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS; 7. EM CONCLUSÃO; 8. BIBLIOGRAFIA.

1. INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é lançar reflexões e sugestões para um melhor desempenho dos conselhos de participação popular, em especial, sua interação com o Ministério Público, na busca de formas de atuação mais eficazes, para à consecução dos objetivos fundamentais da República Brasileira, nos termos do art. 1, inciso III e IV , do Regimento Interno do XVIII Congresso Nacional do Ministério Público.

Tive assento durante bom tempo em conselhos de participação popular, ora representando a OAB, ora representando o Ministério Público. Durante essa militância observei que a maioria deles não cuidam da implantação das políticas públicas, importante faceta de suas atribuições. É nessa seara que pretendo trafegar, discorrendo a conveniência de uma parceria entre o Ministério Público e os Conselhos para a implantação das políticas públicas pelos administradores públicos.

2. ESPAÇOS DE PARTICIPAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL NO GOVERNO

A Constituição Federal consolidou espaços de participação da sociedade civil nas decisões e no controle das políticas públicas através de conselhos representativos. O inciso II, do art. 204 da CF prevê a "participação popular, por meio de organizações representativas, na formulação e no controle das ações em todos os níveis" . Este princípio visa afastar os obstáculos tradicionais na comunicação entre Estado e a Sociedade, como a burocracia, a falta de transparência, a impunidade dos servidores e dirigentes faltosos e possibilitar a participação popular na formulação de políticas e a definição de programas adequados às necessidades do povo. Os Conselhos, portanto, são canais e espaços de participação democrática da sociedade civil nas áreas de saúde, de assistência social, da infância e da juventude, do meio ambiente, de educação, da merenda escolar, cultura, penitenciária, entorpecentes, etc. O Conselho de assistência social, por exemplo, é o melhor antídoto contra a corrupção. Para que o município receba verbas deverá ter um plano de assistência social formulado pelo Conselho. Ele também fiscalizará a sua execução. Assim, práticas de fisiologismo para captação de votos com dinheiro público e a dispersão de recursos poderão ser monitoradas e coibidas. O sucesso dessas instâncias de participação popular, todavia, depende, fundamentalmente, do espírito democrático do chefe do Executivo. Onde houver corrupção, desvio de finalidade de gestão, o administrador público fugirá dos conselhos populares como o diabo foge da cruz. Ele não quer ser olhado de perto nem fazer parcerias com pessoas honestas.

A função dos Conselhos não é apenas ficar olhando de perto o governante, mas também ser seu parceiro. Eles têm composição paritária, isto é, são compostos por metade de entidades governamentais e por metade de não governamentais. Os Conselhos são como uma espécie de Câmara de Vereadores sem remuneração, onde não há a pratica do "é dando que se recebe". Por conseguinte, são muito menos vulneráveis de serem cooptados ou de participarem de conluios contra os interesses da população. É que eles não se envolvem na luta pelo poder.

3. FORMAS DE PARTICIPAÇÃO POPULAR

Paulo Modesto, em sua monografia "Participação popular na administração pública", alinhavou os instrumentos processuais de participação popular : "a) consulta pública (abertura de prazo para manifestação por escrito de terceiros, antes de decisão, em matéria de interesse geral); b) audiência pública (sessão de discussão, aberta ao público, sobre tema ainda passível de decisão); c) colegiados públicos (reconhecimento a cidadãos, ou a entidades representativas, do direito de integrar órgão de consulta ou de deliberação colegial no Poder Público); d) assessoria externa (convocação da colaboração de especialistas para formulação de projetos, relatórios ou diagnósticos sobre questões a serem decididas); e) denúncia pública (instrumento de formalização de denúncias quanto ao mau funcionamento ou responsabilidade especial de agente público; ex. representação administrativa); f) reclamação relativa ao funcionamento dos serviços públicos (difere da representação administrativa, pois fundamenta-se em relação jurídica entre o Estado ou concessionário do Estado e o particular-usuário); g) colaboração executiva (organizações que desenvolvam, sem intuito lucrativo, com alcance amplo ou comunitário, atividades de colaboração em áreas de atendimento social direto); h) ombudsman (ouvidor); i) participação ou "controle social" mediante ações judiciais (ação popular, ação civil pública, mandado de segurança coletivo, ação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, entre outras); j) fiscalização orgânica (obrigatoriedade, por exemplo, de participação de entidades representativas em bancas de concursos públicos, v.g, OAB)".

4. INSTRUMENTOS DE ATUAÇÃO DOS CONSELHOS – AS RESOLUÇÕES

Encaminhar recomendações ao governante para as implementações das políticas públicas previstas no ordenamento jurídico é uma relevante função dos conselhos de participação popular. Nesse aspecto, os conselhos são importantes parceiros do Ministério Público.

Contudo, as recomendações que tratam da implementação das políticas públicas devem ser feitas através de atos normativos , ou seja, resoluções. A melhor forma de se aferir a atuação de um conselho é através da qualidade e da quantidade de suas resoluções. Uma resolução é a melhor forma de se traduzir, em termos práticos, a decisão do órgão colegiado. Elas são precedidas de justificativas – os famosos "considerandos". Estes são enunciados lógicos (premissas) que justificam a elaboração da resolução. O mérito do tema, segue expresso em artigos, de forma pontual e indicativa.

A grande utilidade das resoluções é a instrumentalização da sua exigência. Quando ela for descumprida deve ser enviada ao Ministério Público para ser por ele cobrada. Quando o Ministério Público exige do gestor o cumprimento de uma resolução emanada de um conselho de participação popular o faz carregado de legitimidade democrática. Uma ação civil pública baseada em resolução de conselho descumprida terá, sem dúvida, maior força e peso quando apresentada perante o Judiciário.

5. EXEMPLOS DE RESOLUÇÕES

A seguir, alguns exemplos de resoluções que apresentamos perante de Direitos da Infância e Juventude, Municipal e Estadual e também diante do Conselho de Proteção Ambiental do Estado da Paraíba.

> **NA ÁREA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE:**
> PROJETO DE RESOLUÇÃO N. 01 - Dispõe sobre a GARANTIA DA ABSOLUTA PRIORIDADE em âmbito municipal;
> PROJETO DE RESOLUÇÃO N. 02 - Dispõe sobre a criação de programa de assistência médica e odontológica para a prevenção das enfermidades que ordinariamente afetam a população infantil no âmbito municipal;
> PROJETO DE RESOLUÇÃO N. 03 - Dispõe sobre ações visando assegurar identificação através do registro civil no âmbito municipal;
> PROJETO DE RESOLUÇÃO N. 04 - Dispõe sobre incentivos à guarda em âmbito municipal;
> PROJETO DE RESOLUÇÃO N. 05 - Dispõe sobre a efetivação do direito a creche e pre-escola em âmbito municipal;
> PROJETO DE RESOLUÇÃO N. 06 - Dispõe sobre a garantia de assistência médica prioritária à criança e ao adolescente no âmbito dos ambulatórios, clínicas e na rede hospitalar, privada e pública deste Município;
> PROJETO DE RESOLUÇÃO N. 07 - Dispõe, nos termos do art. 24 VI e VII, da Lei n. 6.607, de 28.1290." sobre a integração dos órgãos responsáveis pela elaboração do orçamento municipal com Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente para que este possa "elaborar a proposta orçamentária para planos e programas de atendimento dos Direitos da Criança";

PROJETO DE RESOLUÇÃO N. 08 - Orienta os hospitais e demais estabelecimentos de atenção à saúde de gestantes, públicos e particulares, em relação ao atendimento da Criança e do Adolescente.
PROJETO DE RESOLUÇÃO N. 09 - Dispõe, nos termos do art. 248 da Constituição Estadual prioridades de atuação do Estado da Paraíba e define a aplicação dos recursos públicos destinados à criança e ao adolescente.
PROJETO DE RESOLUÇÃO N. 10 - Dispõe sobre a MOBILIZAÇÃO DA SOCIEDADE em âmbito ESTADUAL.

NA ÁREA DA PROTEÇÃO AMBIENTAL
PROJETO DE RESOLUÇÃO N. 01 - Dispõe sobre diretriz da política estadual do meio ambiente através da criação de áreas verdes públicas urbanas para melhoria do meio ambiente nas cidades e distração e recreio da população no âmbito do Estado da Paraíba;
PROJETO DE RESOLUÇÃO N. 02 - Faz recomendações para melhoria ambiental do setor de transporte e dá outras providências;
PROJETO DE RESOLUÇÃO N. 03 - Dispõe sobre diretriz da política estadual do meio ambiente para a municipalização da gestão ambiental no âmbito do Estado da Paraíba;
PROJETO DE RESOLUÇÃO N. 04 - Faz recomendações sobre criação de campings em unidades de conservação sob a responsabilidade do Estado da Paraíba e dá outras providências;
PROJETO DE RESOLUÇÃO N. 05 - Faz recomendações sobre campanha de conscientização a ser promovida pelo Estado da Paraíba em defesa do Meio Ambiente e dá outras providências;
PROJETO DE RESOLUÇÃO N. 06 - Faz recomendações para melhoria ambiental na coleta de lixo e dá outras providências;
PROJETO DE RESOLUÇÃO N. 07 - Faz recomendações para o uso facultativo de gravatas nos ambientes públicos de trabalho do Estado da Paraíba objetivando a melhoria ambiental através da economia de energia e dá outras providências.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como afirma Borja Jordi, a participação da sociedade civil requer do Estado uma tripla credibilidade : "que seja democrático, honesto e eficaz". Sendo os Conselhos constituídos, em regra, por pessoas capacitadas nos assuntos que lhes são afetos, insurgem-se contra ações fisiológicas, casuísticas, contrárias ao interesse público. E ao exercerem o seu papel recebem como resposta de quem lhes deveria fornecer apoio operacional o tratamento de pão e água. Sem prestígio, sem acatamento e recebendo tratamento hostil do Executivo, o órgão colegiado tende a definhar e a sucumbir, transformando-se em ilha cercada de falta de apoio por todos os lados.

Daí ser importante o apoio do Ministério Público aos conselhos de participação popular. O Promotor de Justiça deve manter contatos com esses conselhos para formar parceria no que tange à cobrança das resoluções que tratam da implementação de políticas públicas que venham a serem descumpridas pelo gestor.

7. EM CONCLUSÃO

1) Os conselhos de participação popular, além de referendarem ou não casos concretos, devem emitir comandos para a implementação das políticas públicas nas suas áreas de atuação;

2) Os conselhos de participação popular devem deliberar sobre o cumprimento das políticas públicos através de resoluções;

3) O Ministério Público deve requisitar periodicamente aos Conselhos de participação popular cópias das deliberações descumpridas;

4) Resoluções descumpridas devem ser exigidas pelo Ministério Público, seja através de consenso, de termos de ajustamento de conduta, ou, em última hipótese, através do ajuizamento de ação civil pública.

8. BIBLIOGRAFIA

1 - Modesto, Paulo : "Participação popular na administração pública" (Jus Navegandi) http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2586.

2 - Leite, Luciano Ferreira : "Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial", Ed. Revista dos Tribunais.

3 - BORJA, Jordi & CASTELLS, Manuel (1998). Local y Global. Ed. Taurus.

032

O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA COMO VETOR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO COMBATE À INEFICIÊNCIA FUNCIONAL

Leandro Garcia Algarte Assunção*

Promotor de Justiça de Clevelândia/PR

JUSTIFICATIVA

Matéria vinculada ao tema tratado no artigo 5º, inciso III, da Resolução nº 511/2009 – Apresentação de Teses no Congresso Estadual do Ministério Público do Estado do Paraná – Curitiba/2009.

INTRODUÇÃO

Este estudo pretende suscitar a discussão sobre a concretização efetiva do princípio da eficiência em sede de gestão (administração) pública e o papel do Ministério Público em tornar viável tal concretização.

TESE

O artigo 37, *caput*, da CRFB, prescreve que a Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes constituídos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e **eficiência**, estabelecendo-os, então, como *vetores* da atuação do administrador público.

Desde logo chama a atenção o constituinte ter inserido entre os marcos da atuação administrativa o princípio da eficiência.

Como precisamente afirma Alexandre de Morais, ***princípio da eficiência***,

> "**é aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção de critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível de recursos públicos, de maneira a evitar desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social. Note-se que não se trata da consagração da tecnologia, muito pelo contrário, o princípio da eficiência dirige-se para a razão e fim maior do Estado, a prestação de serviços sociais essenciais à população, visando a adoção de todos os meios legais e morais possíveis à satisfação do bem comum**" (Alexandre de Morais, Direito Constitucional, Editora Atlas, 17ª edição, 2005).

Pois bem.

De que forma, então, possibilitar a concretude deste princípio no âmbito da Administração Pública, especialmente nas administrações municipais (foco empírico deste esboço)?

Conforme leciona Fábio Medina Osório:

* Promotor de Justiça de Clevelândia/PR. Rua Manuel Ferreira Bello nº 123 – Centro – CEP 85530-000 – Clevelândia/PR – Telefone: (46) 3252-1994 – E-mail: lgaassuncao@mp.pr.gov.br

> **"A eficiência, antes posicionada implicitamente na Constituição Federal, agora recebeu, desde a Emenda 19/98, tratamento explícito no artigo 37, *caput*, da Magna Carta. Já era um princípio imanente ao sistema constitucional e ao conceito de moralidade administrativa, no dizer de autores como Adilson Dallari e Diogo de Figueiredo Moreira Neto, mas agora ganha renovado *status* de dispositivo constitucional ostensivo e eloquente.**
> **A eficiência, aqui, ao englobar a eficácia, traduz exigências funcionais concretas aos agentes públicos, relacionando-os não apenas com a legitimidade de seus gastos, mas com a economicidade dos resultados, a qualidade do agir administrativo, o comprometimento com metas e solução de problemas. No sentido constitucional, eficiência pressupõe a economicidade dos resultados, a qualidade do agir administrativo, o comprometimento com metas e solução de problemas. No sentido constitucional, eficiência pressupõe eficácia, qualidade, compromissos com resultados, abarcando os paradigmas da chamada Nova Gestão Pública, nos tempos da pós-modernidade.**
> **(...).**
> **Quando se trata de analisar o princípio da eficiência, trabalham-se as noções ínsitas à chamada Nova Gestão Pública, num corte metodológico evidente, o que supõe admitir um novo programa estatal de gestão, dentro de certos paradigmas que rompem os clássicos modelos de Administração Pública. Administrador e gestor são sujeitos conceitualmente distintos. Gerir é algo mais do que administrar, implicando mudanças de paradigmas conceituais, teóricos e pragmáticos. Vale a pena sublinhar algumas notáveis diferenças entre o administrador e o gestor, para que não pensemos que se trate de expressões equivalentes, ainda que não raro possam convergir"** (Fábio Medina Osório, "Teoria da Improbidade Administrativa (Má gestão pública – Corrupção – Ineficiência)", Editora Revista dos Tribunais, 2008).

Ora, impossível, nos dias atuais, analisar a Administração Pública unicamente sob o viés apenas do "aplicar a lei de ofício" (Ruy Cirne Lima), em que pese seja ainda o princípio da legalidade a viga mestre de todo o atuar da Administração Pública.

Em que medida, portanto, acaba por se inserir neste contexto o princípio da eficiência?

Preliminarmente, é importante registrar que a idéia aqui desenvolvida diz respeito à implementação de critérios de eficiência e eficácia para o alcance de incremento concreto ao bem estar da sociedade e para a construção de um corpo social com menor incidência de desigualdades violadoras da dignidade de seus integrantes (CRFB, art. 3º, *caput* e inciso III), e não à busca de mecanismos, baseados em uma suposta *eficiência*, visando a aceleração de decisões por parte do Poder Judiciário em detrimento da legalidade e do próprio sistema democrático[1], a despeito de tanto uma perspectiva como a outra apresentarem traços ontológicos da chamada *New Public Management*.

Não.

O que se busca com a presente idéia é trazer, na medida de sua necessária adaptação, alguns postulados da esfera privada de administração para a esfera pública, de modo a tornar "mais profissional" a busca de resultados práticos que visem o alcance do escopo último da Administração Pública, qual seja, **o bem estar do povo**.

Pois bem.

> **"A ineficiência funcional é uma outra faceta básica e decisiva da má gestão pública. Importa ressaltar, no entanto, as flutuações dessa categoria, dando ensejo a distintas classificações e remédios, abrindo espaço a múltiplos níveis intermediários entre os extremos.**
> **(...).**
> **A eficiência, claro está, não é um valor absoluto, visto que inserida no universo de valores, ponderações e proporcionalidade da Ética Pública aqui tratada. Essa expressão traduz a virtude e a faculdade para obter um efeito determinado. Eficaz é a conduta que consegue fazer efetivo um intento determinado, mas o problema está em definir os caminhos prudentes em que o sujeito decide seguir.**

---

[1] Neste sentido: "*O discurso do capital aponta que o Poder Judiciário é por demais lento e burocratizado, incompatível com a rapidez imediata que a dinâmica do mercado exige, constituindo-se num elevado custo acrescido às transações. Pensa-se, de regra, somente no aspecto 'quantitativo' e que a demora na prestação jurisdicional é um custo de transação incompatível com o ritmo das trocas de um mercado eficiente. Posner sustenta que os problemas da nova economia demandam soluções rápidas e que o Judiciário não está preparado para prover devido a lentidão dos processos, seja pelo princípio do devido processo legal – limitador do escopo dos procedimentos sumários –, seja pela atuação de juízes não especializados em questões do campo econômico, ocasionando por estas razões, uma consequencia nefasta ao bom andamento do mercado. As reformas tencionam, desta maneira, aumentar a capacidade de produção mediante a otimização dos recursos disponíveis, nas ditas 'reengenharias', com a introdução de critérios 'modernos' de 'administração da Justiça', na melhor lógica de custo/benefício. Assim é que a noção de velocidade precisa ser convocada pois se constitui numa ameaça tirânica à democracia*" (Alexandre Morais da Rosa e José Manuel Aroso Linhares, "Diálogos com a *Law and Economics*", Editora Lumen Juris, 2009).

De modo que resulta necessário recordar, uma vez mais, que uma atuação contra as regras éticas que presidem o setor público não pode ser eficiente, já que seus resultados e, mais do que isso, seus caminhos estão entranhados no conjunto de danos produzidos. Um agente público que, atropelando fórmulas ético-normativas, consegue obter resultados econômicos favoráveis, não será um sujeito eficiente na perspectiva da ética institucional aqui defendida. Desde essa perspectiva, pelo contrário, deve-se ter bem presente que os resultados de uma conduta carecem de valorações globais e que, portanto, o deve ético da eficiência funcional não representa somente a ambição por concretos e pragmáticos resultados políticos ou econômicos" (Alexandre de Morais (coord.) e outros, "Os 20 Anos da Constituição da República Federativa do Brasil", Editora Atlas, 2008).

Nesta senda, esta modesta proposta tem como objetivo concretizar o princípio da eficiência no âmbito da gestão pública (em específico na administração pública municipal) através da cobrança/elaboração e da fiscalização/exigência de um PLANO DE METAS e de uma ORGANIZAÇÃO FUNCIONAL ESTRATÉGICA mínimos para a potencialidade dos bens jurídicos fundamentais à vida em sociedade e para a melhoria da qualidade de vida da população, inclusive com a designação de audiências públicas por parte do Ministério Público para que a comunidade possa também participar e encaminhar sugestões.

Importante que fique claro aqui que o papel do Ministério Público, intervindo na realidade social de uma determinada comunidade, não tem o condão de se tornar "um Superpoder, acima da lei e da ordem, dotado de prerrogativas especiais para ser o árbitro absoluto de todas as questões a respeito do interesse público e da moralidade pública".

Longe disso.

Até mesmo porque, em tese, o alcance de um padrão de Excelência no trato de um determinado bem jurídico constitucional (meio ambiente, por exemplo), acaba por se traduzir na expressão do ***interesse público primário*** e, via de consequencia, acaba, em regra, sendo semelhante tanto ao administrador público municipal quanto ao representante do Ministério Público de uma determinada localidade.

A idéia inicial desta tese, traduzida pela perspectiva de que, ao menos em tese, os parâmetros do ***interesse público primário*** são semelhantes, vai no sentido de que compete perfeitamente ao órgão do Ministério Público (não com exclusividade, evidentemente) exigir a constituição, por parte do administrador público municipal, de um plano de metas que preveja a redução de danos ou a potencialidade de todos os bens jurídicos fundamentais à coletividade, ou, ainda, procurar estabelecer entendimentos com o administrador público municipal a fim de que sejam estabelecidas balizas teóricas que lhe permitam a confecção de tal plano de metas.

Como exemplo de bens jurídicos, e tomando como base para estes singelos apontamentos a realidade da pessoa jurídica MUNICÍPIO, pode-se indicar exemplificativamente **educação, saúde pública, meio ambiente, infância e juventude, promoção social e redução dos índices de pobreza**.

Fundadas as premissas acerca dos bens jurídicos primordiais e da semelhança de entendimentos acerca do chamado ***interesse público primário***, pode-se perfeitamente passar ao estabelecimento das metas a serem atingidas pela Administração Pública (Municipal).

Prefacialmente, contudo, registre-se que o estabelecimento de tais metas pode se dar não só anualmente (como parece curial), mas também de forma plurianual, à semelhança, por exemplo, da forma como se elabora o orçamento público.

Ato contínuo, a idéia é que se possa diagnosticar os problemas mais graves atinentes a cada um dos bens jurídicos em uma determinada comunidade ou Comarca, discriminando-os por ordem de gravidade e/ou prioridade. Apenas a título de exemplo, é possível estabelecer como metas prioritárias: **a) na educação**, a redução dos índices de analfabetismo, a erradicação dos índices de crianças e adolescentes fora do sistema escolar e a prestação de serviços de transporte escolar em condições condignas; **b) na saúde pública**, a identificação das moléstias mais graves e a busca de alternativas para o seu combate; **c) no meio ambiente**, a melhoria da qualidade da água consumida, a melhoria na qualidade do ar e a proteção efetiva das áreas de preservação permanente e de mata ciliar; **d) na infância e juventude**, o fortalecimento do Sistema de Garantias das crianças e adolescentes, a constituição de uma entidade de abrigamento, a constituição de programas de aplicação de medidas protetivas de orientação familiar e acompanhamento psicológico e de programas de cumprimento de medidas sócio educativas em meio aberto, a inserção social de grupos familiares que apresentem casos de filhos (crianças ou adolescentes) em situação de rua; **e) promoção social e redução dos índices de pobreza**, saneamento básico e acompanhamento dos respectivos índices de desenvolvimento humano (IDH).

Uma vez estabelecidos para a coletividade, para o administrador público e para o *Parquet*, os objetivos para cada um dos bens jurídicos previamente determinados, segue-se, a nosso aviso, a fase da atuação mais importante do órgão do Ministério Público: a fiscalização e a contínua cobrança junto à Administração Pública (Prefeito Municipal e Secretários, *verbi gratia*) do atingimento das metas e da constante evolução dos bens jurídicos.

Entendo como a parte mais importante porque é justamente aqui que o papel do Ministério Público na busca de uma maior concretização do **princípio da eficiência** se torna mais significativo, na medida em que tal exigência

por parte do Ministério Público evidentemente fará com que haja por parte da Administração Pública uma otimização dos seus serviços visando o alcance das metas, havendo correspondente elevação da própria qualidade do serviço público prestado. Tal exigência, outrossim, certamente fará com que o gestor público deixe de lado o "amadorismo" (aqui entendido como a completa falta de planejamento no trato de problemas endêmicos e reiterados de uma determinada comunidade) e passe a vislumbrar o equacionamento de referidos problemas através de uma abordagem estratégica, visando sua minoração ou mesmo sua erradicação completa.

É que, ao meu sentir, é impossível a um organismo complexo, quer seja uma pessoa jurídica de direito privado, quer uma pessoa jurídica de direito público (e aqui se pode incluir, também, a instituição Ministério Público), trabalhar a esmo, sem um plano de metas que defina sua atuação e justifique sua própria constituição.

Pré-estabelecidos os bens jurídicos mais caros à atuação ministerial, e definidas e cobradas do administrador público as metas para a concretização e melhor efetivação destes valores, cabe perfeitamente ao órgão do Ministério Público com atribuições para tanto (inclusive contando com a orientação dos Centros de Apoio Operacional) a fiscalização do alcance de tais metas e a visualização de políticas públicas que eventualmente possam ensejar tal efetivação, permitindo de antemão que o Ministério Público atue em sua cobrança, seja no âmbito extrajudicial, seja ainda no plano judicial.

> **"Na hipótese da propositura de ação civil pública, visando obrigação de fazer para a Administração, a implantação de um direito social, que pertence, portanto, a mais de uma pessoa, podendo, mesmo, pertencer a toda uma comunidade, o juiz deverá dizer, então, qual é a obrigação da Administração, o que muitas vezes implica em uma opção entre várias possibilidades, devendo o magistrado verificar, dentro dos ditames constitucionais e legais, qual deles causa maior benefício ou menor dano para a comunidade e seus integrantes, considerados quer individualmente quer coletivamente".**

Definidas, minimamente, a organização, o planejamento, e as metas a serem atingidas na efetivação dos direitos fundamentais mínimos a vida em sociedade, é plenamente possível se enxergar o dever do administrador público em buscar sua concretização, tudo à luz do princípio da eficiência administrativa.

E se caso, mesmo com todo o acompanhamento e fiscalização por parte do Ministério Público (tudo em vista dos bens jurídicos e dos direitos fundamentais mínimos à vida em sociedade), o administrador público (mantendo-se o enfoque empírico do *municipal*) demite-se de seu dever e nada realiza para a consecução das metas objetivamente traçadas?

Neste caso, a nosso aviso, abre-se a plena possibilidade de, a par da propositura de demandas com pedidos de obrigação de fazer, e da excepcionalidade que marca os atos de gestão púbica, responsabilizar o administrador público por ato de improbidade administrativa na forma do artigo 11, *caput*, da Lei nº 8.429/92, vez que, à evidência, tal conduta omissiva constitui ato atentatório justamente ao princípio constitucional da eficiência administrativa, desde que, por óbvio, tal postura omissiva se demonstre plenamente injustificada e indique falha grave na gestão da coisa pública no que tange à implementação de medidas possíveis e que se mostrem capazes de dar efetividade aos direitos fundamentais mínimos à vida em sociedade.

Nessa linha o escólio de Fabio Medina Osório, *verbis*:

> **"O conceito de improbidade administrativa, tal como desenhado na Carta Magna, art. 37, § 4º, portanto, decorrente das reflexões alinhavadas neste trabalho, resulta estruturado de forma analítica, a partir do somatório das seguintes assertivas, todas fundamentadas no decorrer do trabalho:**
> **a) Categoria ético-normativa ligada à idéia de honra institucional, no marco de uma moralidade institucional republicana, que abarca patologias e transgressões normativas consubstanciadas em graves desonestidades e ineficiências funcionais dos agentes públicos, nas flutuações pertinentes à proporcionalidade enquanto postulado normativo.**
> **b) Espécie de Má Gestão Pública, onde podem existir múltiplas categorias, revestindo-se das notas de desonestidade ou ineficiência graves, passível de cometimento por ações e omissões, dolosas ou culposas, de parte de agentes públicos no exercício de suas funções, ou em razão delas, com ou sem a participação de particulares.**
> **c) Exige vulneração de regras legais e princípios (ou regras) constitucionais que presidem as funções públicas, com grave agressão a direitos fundamentais e a normas de cultura administrativa vigentes".**
> (...). (Alexandre de Morais (coord.) e outros, "Os 20 Anos da Constituição da República Federativa do Brasil", Editora Atlas, 2008).

Mais uma vez, reitere-se, não se busca aqui constituir o Ministério Público como um "Superpoder fiscalizador", nem ao menos buscar, de modo simplório, formas de se responsabilizar o administrador público por

sua conduta omissiva, mas sim fazer com que o Ministério Público passe efetivamente um dos atores da preservação e constante avanço dos direitos fundamentais mínimos à vida em sociedade, estabelecendo ou acompanhando, de forma prioritária, quais as metas da Administração Pública neste sentido, velando pelo seu alcance e implementação.

Claro está aqui que esta atuação do órgão do Ministério Público ficará adstrita às peculiaridades de cada comunidade, e a intervenção do *Parquet* deverá se dar exatamente em face de tais peculiaridades. Todavia, a meu sentir, nada impede (**ao contrário, tudo recomenda e determina**) que o Ministério Público possa acompanhar e também mapear as prioridades atinentes a cada um dos direitos fundamentais mínimos acima elencados (que, como dito, integram aqui rol exemplificativo), de forma a exigir maior planificação por parte da Administração Pública, sob o viés de uma Nova Gestão Pública.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, conclui-se este trabalho com a proposição de que o Ministério Público pode e deve, dentro das peculiaridades inerentes à cada comunidade, exigir do administrador público que se organize e defina um PLANO DE METAS, vinculado às disposições da lei de responsabilidade fiscal e deliberado pelos instrumentos de controle social e de democracia participativa (leia-se conselhos municipais), que venham a implementar ou fazer avançar os direitos fundamentais mínimos à vida em sociedade, de modo a tornar mais profissional o atuar administrativo e permitir à sociedade que identifique quais são realmente as prioridades do administrador público.

Caso se verifique omissão do administrador público neste sentido, seja pela manutenção da completa desorganização administrativa, seja pela ausência injustificada na preservação e avanço dos direitos fundamentais mínimos à vida em sociedade, a par da propositura de demandas veiculando as respectivas obrigações de fazer, abre-se a possibilidade, respeitadas a excepcionalidade e a peculiaridade de cada caso em concreto, de responsabilizar o administrador público por conta de sua **ineficiência funcional**, nos termos do artigo 11, *caput*, da Lei de Improbidade Administrativa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alexandre de Morais (coord.) e outros, "Os 20 Anos da Constituição da República Federativa do Brasil", Editora Atlas, 2008.

Cassio Scarpinella Bueno (coord.) e outros, "Improbidade Administrativa – Questões Polêmicas e Atuais", Editora Malheiros, 2ª Ed., 2003.

Fábio Medina Osório, "Teoria da Improbidade Administrativa (Má gestão pública – Corrupção – Ineficiência)", Editora Revista dos Tribunais, 2008.

Alexandre Morais da Rosa e José Manuel Aroso Linhares, "Diálogos com a *Law and Economics*", Editora Lumen Juris, 2009.

José Joaquim Gomes Canotilho, "Direito Constitucional e Teoria da Constituição", Editora Almedina, 7ª edição, 2003.

Luís Roberto Barroso, "Curso de Direito Constitucional Contemporâneo", Editora Saraiva, 2009.

Alexandre de Morais, Direito Constitucional, Editora Atlas, 17ª edição, 2005.

042

CRISE JURÍDICA OU ECONÔMICA? SOLUÇÕES E DESAFIOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA TUTELA COLETIVA DO CONSUMIDOR

Cláudio Siminovich*

Promotor de Justiça/PR

O ser humano se torna eu pela relação com o você, à medida que me torno eu, digo você. Todo viver real é encontro. (Martin Buber)

Justificativa

Na medida em que a globalização acelera as relações de consumo, tornando-as cada vez mais dinâmicas e complexas, o atual cenário econômico acarreta crescentes abusos e violações aos direitos dos consumidores. Para tanto, cabe ao Ministério Público, na qualidade de defensor do regime democrático e dos interesses sociais, promover a efetiva defesa do consumidor, a qual vem sendo mitigada face o advento do artigo 16 da Lei 7347/85, que intentou limitar os efeitos "erga omnes" das decisões proferidas em tutelas coletivas. Assim, surge a necessidade da criação de mecanismos no âmbito do Ministério Público, a fim de buscar-se efetividade na tutela coletiva do consumidor.

Introdução

Nas últimas décadas a humanidade vivenciou um período de euforia econômica, caracterizado pelo crescimento de países ditos "em desenvolvimento", o que, consequentemente, ocasionou uma explosão no âmbito das relações de consumo. Todavia, se por um lado expandiu-se o acesso a produtos antes reservados a uma camada restrita de sociedade, provocando a massificação das relações de consumo, por outro, contemplou-se um crescimento exponencial de lesões a consumidores, decorrentes de abusos e vícios das mais variadas espécies.

Não obstante o Brasil também tenha experimentado um exacerbado crescimento das relações de consumo, seu sistema de proteção judicial, infelizmente, ainda conta com resistências infundadas. Ressalte-se que no campo da proteção legislativa, seguindo as diretrizes da União Europeia, o país apresenta uma moderna legislação de proteção e defesa do consumidor, representada pela Lei 8.078/90, muito embora certos aspectos ainda apresentem lacunas e entraves de ordem processual.

O processo como instrumento imprescindível à satisfação das mais diversas pretensões, percebe contornos ainda mais substanciais quando se adentra na esfera da proteção dos interesses coletivos. Sua efetividade está diretamente relacionada aos direitos e garantias fundamentais estabelecidos na Constituição da República. E o Ministério Púbico, como instituição essencial à defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais, incumbido constitucionalmente dessa missão, deve infligir esforços para que tal mister seja alcançado.

Nesse contexto, sem o intuito do esgotamento, o presente trabalho efetuará uma breve análise do alcance e limites subjetivos da coisa julgada, em decisões proferidas nas ações coletivas de consumo, considerando-se a controvérsia jurisprudencial advinda da indevida aplicabilidade do art. 16 da lei da Ação Civil Publica.

Por fim, será apresentada sugestão a uma melhor prestação jurisdicional ao consumidor, no âmbito do Ministério Público, tendente a reduzir os conflitos advindos das relações de consumo.

* Promotor de Justiça de Salto do Lontra, PR. Rua Curitiba n. 435, Fórum, Salto do Lontra.

A problemática dos *limites territoriais* da coisa julgada. A tutela coletiva do Consumidor e o Ministério Público.

Há muito tempo a controvérsia acerca do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, introduzido pela Lei 9494/97, vem provocando perplexidade e indignação na comunidade jurídica, notadamente em virtude da própria interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal, reduzindo o alcance das decisões proferidas no âmbito das Ações Coletivas.

Pois bem, de acordo com o professado pelo Dr. Ovídio A. Baptista da Silva[1], "(...)ter direito é ter, em última análise, a faculdade de gozá-lo".

Entretanto, a redação do art. 16 da Lei 7347/85 parece colidir frontalmente com as lições do professor Ovídeo, bem como em relação às regras mais basilares do processo civil, senão vejamos:

> A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Sabe-se das motivações políticas que originaram a promulgação do citado dispositivo, vindo a atender aos interesses estratégicos da União, que à época estava sendo corriqueiramente mitigada nos seus planos governamentais, mais especificamente no que se referia a questões salariais de servidores públicos e aos processos de privatizações.

O fato é que, além de favorecer aos interesses do Governo, tal regra também passou a obstaculizar a tutela dos interesses coletivos dos consumidores brasileiros, violando não somente as normas pertinentes ao CDC, mas, precipuamente, a própria Constituição Federal.

O professor e membro do Ministério Público gaúcho Paulo Valério Dal Pai Moraes, em artigo publicado, leciona de forma brilhante a confusão criada pelo legislador[2]:

> O importante, realmente, é identificar a existência da realidade de direito material e a realidade de direito processual, a fim de que melhor possam ser compreendidos os fenômenos jurídicos, bem como para que o trabalho forense, que tende à obtenção de utilidade, possa ser desenvolvido da maneira mais profícua possível. Postos estes conceitos, podemos dizer que as conceituações existentes no artigo 81 do CDC, quais sejam as de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, não dizem respeito ao âmbito do direito processual, mas material, definição esta importantíssima.

Ressalte-se que a supracitada regra do artigo 16 da LACP é diametralmente oposta ao previsto na redação do artigo 81 do CDC[3], subvertendo de modo contundente a estrutura do ordenamento jurídico, na medida em que interfere em norma de direito material.

Na verdade, o direito material e processual são realidades completamente distintas, do mesmo modo que o são as ações de direito substancial e formal.

Novamente, traz-se à baila a lição de Paulo Valério Dal Pai Moraes[4]:

> De fato, os interesses acima citados possuem natureza fática imutável por qualquer tipo de determinação legal que venha a tentar o estabelecimento de novas regras processuais, ou seja, o direito material não pode ser desarticulado por aspectos instrumentais (processuais), pois, na forma já vista, são mundos completamente apartados.

Nesses termos, jamais uma norma processual terá o condão de regulamentar, hipoteticamente, que os efeitos de uma publicidade ilegal veiculada por qualquer meio de comunicação não abarque interesses difusos, eis que tal fato é uma realidade indissociável, independentemente de eventual abstração criada pelo legislador em sentido oposto.

---

[1] Curso de Processo Civil, volume 1, Editor Sergio Antonio Fabris, 2ª edição, Porto Alegre, 1991, p. 64

[2] *In* A coisa julgada "erga omnes" nas ações coletivas (Código do Consumidor) e a Lei nº 9.494/97.

[3] Interesses difusos são os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (art. 81, parágrafo único, I). Interesses coletivos são os transindividuais de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com parte contrária por uma relação jurídica-base (art. 81, parágrafo único, II), como os dos condôminos de um edifício, dos acionistas de uma empresa, dos atletas de uma equipe esportiva, dos empregados de um mesmo patrão, dos integrantes de um grupo consorcial. Ao passo que, a propósito dos difusos e coletivos, é mais próprio falar-se em interesses, em se tratando de interesses individuais é mais próprio falar-se em direitos, porque é com verdadeiros Direitos subjetivos que, então, quase sempre nos deparamos. São direitos individuais homogêneos os decorrentes de origem comum (art. 81, parágrafo único, III), como os decorrentes de um mesmo acidente.

[4] Op. cit.

Portanto, não obstante tenha sido ultrapassada a época da autotutela, somente poderemos afirmar a real existência da ação de direito processual, na medida em que tenhamos o poder de efetivamente obtermos a tutela jurisdicional.

O autor Márcio Mafra Leal[5] assevera a clara e evidente intromissão teratológica do campo processual em matéria de âmbito eminentemente material:

> (...) não se deve deixar de atribuir razão a Grinover, na passagem transcrita, quando chama atenção para a transindividualidade (ou indivisibilidade) do direito material e suas conseqüências em termos de eficácia objetiva e subjetiva do que é determinado em sentença (o seu comando), pois o cumprimento ou implementação de um direito difuso inexoravelmente aproveitará de maneira uniforme ao grupo ou à comunidade a quem esse direito já atribuído, mesmo que não participe do processo...". Continuando (fl. 44 da obra), "...quando um juiz determina a interrupção de uma publicidade enganosa, da emissão de um poluente ou a recuperação de um área histórica, a decisão que atender ao direito material formará uma coisa julgada que beneficiará toda a comunidade, sem que a norma processual necessariamente diga que esta coisa julgada tenha de ser "erga omnes.

Consequentemente, a conclusão é óbvia, no sentido de que o sistema da coisa julgada (Lei 7347/85) em demandas que versem acerca de interesses coletivos *lato sensu*, é absolutamente vazio e despropositado, eis que o alcance do julgado será ditado pelo direito substancial, *in casu,* pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor, o qual estabelece como regra geral a eficácia *erga omnes* do *decisum.* Em suma, sendo a função do direito processual efetivar o direito material, jamais poderá ser utilizado para restringir este último.

Com relação à coisa julgada, verificamos a absorção pelo nosso ordenamento jurídico do entendimento de Enrico Tullio Liebman, o qual sustenta que o referido instituto é uma qualidade que se agrega à sentença, tornando-a imutável. Note-se que, em geral, os interesses coletivos são por sua própria natureza transindividuais e indivisíveis, o que significa afirmar, segundo Ada Pellegrini Grinover[6] que;

> (...) a própria indivisibilidade do objeto estenderá necessariamente os efeitos favoráveis da sentença a todos que se encontrarem na mesma situação em relação à parte contrária(...)

Destarte, o interesse coletivo é em sua essência indivisível, não há como ser aceita uma limitação dos efeitos da coisa julgada a certo território. Outrossim, quando o dano causado for de grandes proporções, abrangendo uma região ou até mesmo o país inteiro, como por exemplo, numa catástrofe ambiental ou um contrato de adesão absolutamente nulo, ante o contido no citado artigo 16, como deverá proceder o Ministério Público?

Nossa Suprema Corte, infelizmente, já exarou seu entendimento na ADIN n. 1576-1, declarando ser constitucional a redação do art. 16, estatuído pela Lei 9494/97, senão vejamos:

> TUTELA ANTECIPADA - SERVIDORES - VENCIMENTOS E VANTAGENS - SUSPENSÃO DA MEDIDA - PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. Ao primeiro exame, inexiste relevância jurídica suficiente a respaldar concessão de liminar, afastando-se a eficácia do artigo 1º da Medida Provisória nº 1.570/97, no que limita o cabimento da tutela antecipada, empresta duplo efeito ao recurso cabível e viabiliza a suspensão do ato que a tenha formalizado pelo Presidente do Tribunal a quem competir o julgamento deste último. LIMINAR - PRESTAÇÃO JURISDICIONAL ANTECIPADA - CAUÇÃO - GARANTIA REAL OU FIDEJUSSÓRIA. Na dicção da ilustrada maioria, concorrem a relevância e o risco no que o artigo 2º da Medida Provisória nº 1.570/97 condicionou a concessão da liminar, ou de qualquer medida de caráter antecipatório, à caução, isso se do ato puder resultar dano a pessoa jurídica de direito público. SENTENÇA - EFICÁCIA - AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Em princípio, não se tem relevância jurídica suficiente à concessão de liminar no que, mediante o artigo 3º da Medida Provisória nº 1.570/97, a eficácia erga omnes da sentença na ação civil pública fica restrita aos limites da competência territorial do órgão prolator.(grifamos)
> (ADI 1576 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 16/04/1997, DJ 06-06-2003 PP-00029 EMENT VOL-02113-01 PP-00123)

Esse também é o entendimento do STJ:

> AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Eficácia erga omnes. Limite. A eficácia erga omnes circunscreve-se aos limites da jurisdição do tribunal competente para julgar o recurso ordinário. Recurso

[5] Ações Coletivas: História, Teoria e Prática, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1998,p. 44 e 93.

[6] Ada Pellegrini Grinover CDC Comentado pelos Autores do Anteprojeto, Editora Forense Universitária, 3ª edição, 1993, p. 585.

> conhecido e provido. (REsp 293.407/SP, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 22.10.2002, DJ 07.04.2003 p. 290)

Igualmente, não há como se olvidar da redação estatuída no artigo 90 do CDC:

> Aplicam-se às ações previstas neste Título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições.

Dessa forma, é ineficiente qualquer forma de limitar-se o alcance dos efeitos da coisa julgada proferida em ação coletiva de consumo a determinado território. Assim, resta ao Ministério Público, incumbido constitucionalmente da tutela dos interesses sociais, a busca de soluções, a fim de zelar pelos interesses mais supremos da coletividade.

Nesse cenário de crise globalizada, onde o terreno é fértil para o crescimento dos mais variados abusos a consumidores, torna-se imperiosa uma ação concatenada do Ministério Público, em âmbito nacional, a fim de responder aos reclames da sociedade e driblar, de modo eficaz, o entendimento dos Tribunais pátrios, contudo, sem negar vigência ao dispositivo considerado por nós inválido.

Beira à irracionalidade as absurdas hipóteses que podem advir da aplicação do art. 16 da Lei 7347/85. Imagine-se uma decisão judicial condenando um fornecedor a retirar do mercado, no Município de Barracão, um medicamento nocivo ao consumidor, no entanto, por força da lei processual, tal produto defeituoso permaneça sendo comercializado na Cidade fronteiriça de Dionísio Cerqueira, no Estado vizinho de Santa Catarina. Como tolerar-se esse absurdo jurídico?

Não obstante os princípios da unidade e da indivisibilidade do Ministério Público, aliado aos aspectos acima elencados, torna-se imperiosa a adoção de medidas de caráter unitário e de ordem prática, tendentes a compelir o Poder Judiciário a reconhecer a indivisibilidade do interesse posto em causa e, dessa forma, reconhecer a extensão dos efeitos da coisa julgada além dos limites territoriais do órgão julgador, alcançando o fornecedor onde quer que o mesmo exerça suas atividades.

É notório que o legislador negou vigência ao art. 81, parágrafo único, incisos I e II, do CDC, na medida em que menosprezou o conceito de indivisibilidade dos interesses coletivos dos consumidores, o qual imperativamente determina que a resolução do conflito de um dos consumidores, via ação coletiva, acarretará, automaticamente, a equação do problema de todos os consumidores lesados.

Destarte, a limitação objetiva da coisa julgada vincula-se ao que foi pedido na ação e constituiu objeto do julgamento. E quanto aos limites subjetivos, a sentença vale para todos, independentemente do território, desde que não prejudique a situação jurídica de pessoas que não contribuíram para a sua formação (terceiros).[7]

Como já mencionado, a doutrina entende que a alteração imposta no art. 16 da Lei nº 7.347/85 pela Lei nº 9.494/97 é inoperante e prejudicial a ambas as partes da relação de consumo, quais sejam, fornecedor e consumidor.

Analisando a Medida Provisória nº 1.570/97, que depois foi convertida na Lei nº 9.494/97, Ada Pellegrini Grinover[8] asseverou o seguinte:

> a) o art. 16 da LACP não se aplica à coisa julgada nas ações coletivas em defesa de interesses individuais homogêneos; b) aplica-se à coisa julgada nas ações em defesa de interesses difusos e coletivos, mas o acréscimo introduzido pela Medida Provisória é inoperante, porquanto é própria lei especial que amplia os limites da competência territorial, nos processos coletivos, ao âmbito nacional ou regional; c) de qualquer modo, o que determina o âmbito de abrangência da coisa julgada é o pedido, e não a competência. Esta nada mais é do que uma relação de adequação entre o processo e o juiz. Sendo o pedido amplo (*erga omnes*), o juiz competente o será para julgar a respeito de todo o objeto do processo; d) em conseqüência, a nova redação do dispositivo é totalmente ineficaz.

No mesmo sentido, André de Carvalho Ramos aduz que:[9]

> (...) a Lei 9.494/97, que converteu em lei a medida provisória 1.570 é inócua. A competência territorial serve apenas para fixar a competência do juízo. Os efeitos da decisão do Juiz são limitados somente, como frisei, pelo objeto do pedido, que quando for relativo aos interesses transindividuais, atingem a todos os que se encontrem na situação objetiva em litígio, não importando o local de seu domicílio.

---

[7] NEVES, Celso. Coisa julgada civil. São Paulo: RT, 1971.p. 322.

[8] Op. cit. p.821.

[9] A abrangência de decisões judiciais em ações coletivas: o caso da Lei 9.494/97, publicado na RT 755/119.

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery concluem que[10]:

> (...) o CDC 103 aplica-se a todas as ações coletivas que versem sobre direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, ainda que ajuizada com base na LACP. Essa incidência se dá por força da LACP 21. O regime da coisa julgada da LACP 16, com a redação dada pela L 9494/97, não mais se aplica a nenhuma ação coletiva. Não se aplica porque tem abrangência restrita, sendo que o sistema do CDC 103 é mais completo e atende às necessidades das sentenças proferidas nas ações coletivas. A LACP 16 também não pode ser aplicada a nenhuma ação coletiva por ser inconstitucional, já que ofende os princípios constitucionais do direito de ação (CF 5° XXXV), da razoabilidade e da proporcionalidade. Qualquer modificação na LACP 16 ou no CDC 103 para restringir os limites subjetivos da coisa julgada a território, o que *per se* é um absurdo jurídico ímpar, abstraindo-se de sua inconstitucionalidade, para que pudesse ter eficácia, deveria ter sido feita não apenas na LACP 16, mas também no CDC 103. Como isso não ocorreu, a L 9494/97 não produziu nenhum efeito. O juiz não poderá restringir os limites subjetivos da coisa julgada como preconizado pela LACP 16: deve aplicar o CDC 103, ignorando aquela norma inconstitucional".

Ainda, menciona a doutrina que, a partir do advento do CDC 103, que regulou *inteiramente* o instituto da coisa julgada no processo coletivo (direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos), a sistemática que regulamenta o instituto da coisa julgada no processo coletivo passou a ser o da regra acima elencada. Pela superveniência do CDC, houve *revogação tácita* da LACP 16 (de 1985) pela posterior (CDC, de 1990), conforme dispõe a LICC 2° § 1°. Assim, quando editada a Lei 9494/97, não mais estava em vigência o art. 16 da LACP, portanto, não poderia ter *alterado* o que já não existia. Para que a *nova redação* da Lei 7347/85 pudesse ter operatividade (existência, validade e eficácia *formal* e, por conseqüência, *material*), deveria a Lei 9494/97 ter *incluído* na LACP o art. 16, já que não se admite, no direito brasileiro, a repristinação de lei (LICC 2° § 3°). Portanto, também por esse argumento não mais existe o revogado.

Ressalte-se, ainda, que além de inoperante, a limitação dos efeitos da coisa julgada é prejudicial a ambas as partes da relação de consumo, quais sejam, fornecedor e consumidor. Isso, porque sendo o dano de âmbito nacional e a ação civil pública movida na capital de um dos Estados, apenas neste dar-se-ia a reparação do referido dano, ocorrido somente em sua área territorial. Tal fato poderia prejudicar os consumidores residentes nas demais unidades da federação, onde não restara proposta qualquer demanda coletiva.

Na realidade, estão previstas no Código de Defesa do Consumidor as denominadas Ações Coletivas de Consumo, as quais são dotadas de normativas próprias, destinadas exclusivamente a essa espécie de lide, sendo que, subsidiariamente, quando não haja contrariedade às regras consumeristas, utilizam-se as disposições pertinentes às Ações Civis Públicas.[11]

Alguns julgados já vêm sinalizando mudanças no entendimento:

> Processo civil e direito do consumidor. Ação civil pública. Correção monetária dos expurgos inflacionários nas cardenetas de poupança.
> Ação proposta por entidade com abrangência nacional, discutindo direitos individuais homogênios. Eficácia da sentença. Ausência de limitação. Distinção entre os conceitos de eficácia da sentença e de coisa julgada. Recurso especial provido.
> - A Lei da Ação Civil Pública, originariamente, foi criada para regular a defesa em juízo de direitos difusos e coletivos. A figura dos direitos individuais homogênios surgiu a partir do Código de Defesa do Consumidor, como uma terceira categoria equiparada aos primeiros, porém ontologicamente diversa.
> - A distinção, defendida inicialmente por Liebman, entre os conceitos de eficácia e de autoridade da sentença, torna inóqua a limitação territorial dos efeitos da coisa julgada estabelecida pelo art. 16 da LAP. A coisa julgada é meramente a imutabilidade dos efeitos da sentença. Mesmo limitada aquela, os efeitos da sentença produzem-se erga omnes, para além dos limites da competência territorial do órgão julgador.
> - O procedimento regulado pela Ação Civil Pública pode ser utilizado para a defesa dos direitos do consumidor em juízo, porém somente no que não contrariar as regras do CDC, que contem, em seu art. 103, uma disciplina exaustiva para regular a produção de efeitos pela

[10] Código civil anotado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2003, p. 986.

[11] É o que dispõe o artigo 117 do CDC e art. 21 da Lei 7347/85, respectivamente: Art. 117. Acrescente-se à Lei nº 7347, de 24 de julho de 1985, o seguinte dispositivo, renumerando-se os seguintes:
Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor".

sentença que decide uma relação de consumo. Assim, não é possível a aplicação do art. 16 da LAP para essas hipóteses.
Recurso especial conhecido e provido.(REsp 411.529/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/06/2008, DJe 05/08/2008)
ACAO COLETIVA.
1. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGENEOS: A causa de pedir contempla pedidos individuais em sua essência, veiculados por associação legalmente instituída nos termos do disposto no art. 82, IV, do CDC. Inteligência do art. 81, III, do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90).
2. LEGITIMIDADE: Tratando-se da categoria de interesses ou direitos individuais homogêneos, cuja decisão beneficia, com forca de coisa julgada erga omnes, todas as vítimas e seus sucessores (art. 103, III, do CDC), não se cogita de limitar a abrangência do decisum apenas aos substituídos, associados com interesse direto na causa, a par do contido no art. 2º da Medida Provisória n. 1.984-17, que acresceu dispositivos a 38 64-1-2007/2245143 001/ 1.07.0102594-1 Lei n. 9.494/97, alterando as disposições da Lei n. 7.347/85.
3. ADEQUACAO SISTEMICA E APARENTE CONFLITO DE LEIS: As alterações inseridas pela Medida Provisória n. 1.984-17 são ineficazes frente ao microssistema do Código de Defesa do Consumidor em face dos efeitos erga omnes da coisa julgada no âmbito da ação coletiva (art. 90 do CDC). APELACAO PROVIDA. SENTENCA DESCONSTITUÍDA" (Apelação Cível n. 70002749562, 11ª Câmara Cível, Rel. Desa. Naele Ochoa Piazzeta, j. 15.08.2002)

Todavia, ainda persiste a falta de uniformização e, nesse sentido, o Promotor de Justiça do DF, Leonardo Roscoe Bessa, expressou sua preocupação quanto ao tema[12]:

> (...) Entretanto, enquanto o assunto não for pacificado nos tribunais ou houver sensibilidade do legislador para revogar a infeliz redação do art. 16 da Lei 7.347/85, a instabilidade social, decorrente de ajuizamento de várias ações coletivas com o mesmo objeto, é inevitável. Os exemplos estão na imprensa a todo momento, como ocorreu em julho de 2004. Na ocasião, ao invés de apenas uma ação por empresa de plano de saúde, foram ajuizadas dezenas com o mesmo objetivo: impedir o reajuste das parcelas dos contratos em valores superiores ao estabelecido pela ANS. Assim, na comemoração dos 20 anos da Lei da Ação Civil Pública, o presente que a sociedade gostaria imensamente de receber seria a revogação do art. 16 da Lei 7.347/85.

Pois bem, na medida em que a globalização e a evolução da logística conferem aos fornecedores a possibilidade de distribuição quase que simultânea de seus produtos no mercado de consumo, nas mais distantes localidades, igualmente, aumentam os riscos de lesão advindos de sua circulação. Nessa esteira, deve o Ministério Público intentar desobstruir o acesso jurisdicional a provimentos efetivos, imprimindo o verdadeiro alcance pretendido pelo CDC.[13]

Sugerimos, portanto, uma medida de caráter institucional e de unicidade, tendente a mitigar os efeitos danosos provocados pela Lei 9494/97, visando a uma efetiva tutela coletiva do consumidor. Tal medida, portanto, consistira na criação de uma espécie de Cadastro Nacional de Ações Coletivas e Proteção ao Consumidor, no âmbito do Ministério Público dos Estados e da União, o qual estaria integrado em rede de informática (intranet).

Dessa forma, havendo a propositura de eventual ação coletiva de consumo, haveria a comunicação automática, compulsória e imediata (*on-line*), de todos os agentes ministeriais do Brasil, com atribuição na área do consumidor, notificando-se a existência de eventual ação coletiva proposta.

Obviamente, a independência funcional de cada membro seria resguardada. No entanto, a partir de uma atuação integrada, com a propositura quase que concomitante de inúmeras demandas, em todas as unidades federativas, ta situação forçaria o Poder Judiciário a unificar seus julgados, estendendo os efeitos da coisa julgada a todas as localidades do país, no âmbito de cada Tribunal de Justiça dos Estados, muito embora fosse isso desnecessário a partir da simples observância do CDC.

O mecanismo seria gerenciado e supervisionado pelo Conselho Nacional do Ministério Público, ao qual incumbiria a fiscalização de seu funcionamento. Assim, havendo a propositura de ação coletiva de consumo em determinado Estado da Federação, haveria a pronta notificação dos demais Ministérios Públicos estaduais, através

---

[12] *In* 20 anos de Ação Civil Pública. 2005. Artigo publicado no sítio www.brasilcon.org.br.

[13] Ressalte-se que se encontra em tramitação no Congresso o Projeto de Lei n 5.139 de 2009 , o qual em seu artigo 33. estabelece: *A sentença no processo coletivo fará coisa julgada erga omnes, independentemente da competência territorial do órgão prolator ou do domicílio dos interessados.*

de sistema próprio de informática, para adoção das medidas processuais pertinentes (resguardada a independência funcional). Tal cadastro, em um primeiro estágio, seria restrito a ações coletivas de consumo.

Ressalte-se que a referida medida será, em última análise, prejudicial ao próprio fornecedor, obrigando este a contratar advogados para promover sua defesa em todas as unidades da federação, não obstante haja o risco de decisões conflitantes. Ou melhor, é preciso imprimir-se unicidade na tutela coletiva do consumidor. O Cadastro Nacional de Ações Coletivas e Proteção ao Consumidor , unificará ações de natureza satisfativas e cautelares, abrangendo todos os Estados do Brasil. A idéia central é uma resposta aos famigerados cadastros utilizados por fornecedores, para restringirem o acesso a produtos e serviços por parte dos consumidores.

Cadastros como SERASA e SPC, vêm sendo largamente utilizados por fornecedores e, infelizmente, não raras vezes, de modo totalmente abusivo, constituindo-se verdadeiros tribunais de exceção, os quais impedem o acesso ao consumo, sem oportunizar sequer o direito à defesa por parte do consumidor. Tais dados não se restringiriam apenas a enumerar maus fornecedores, mas sim, funcionariam como verdadeiro serviço de integração de membros do Ministério Público com atuação na área do consumidor, propiciando-se aos órgãos de execução meios de tutelar eficazmente o pólo vulnerável da relação de consumo.

Residualmente, ampliando-se o objeto, o Cadastro Nacional também teria função informativa, na medida em que denúncias criminais, oriundas de crimes contra as relações de consumo, igualmente, seriam notificadas. Dados não sigilosos poderiam ser disponibilizados nos sítios da internet dos Ministérios Públicos, bem como do CNMP, propiciando-se a todos consumidores, bem como à própria Administração Pública, amplo acesso a informações acerca de maus fornecedores. Logo, seja numa simples compra ou em aquisições licitatórias, haveria uma fonte confiável de dados acerca de fornecedores demandados, seja na área cível ou criminal.

Conclusão

A jurisprudência pátria no que tange aos limites subjetivos da coisa julgada nas ações coletivas de consumo não é pacífica. A limitação da eficácia *erga omnes* significa a negação da prestação jurisdicional e com isso fomenta-se a multiplicação de demandas individuais oriundas da mesma origem comum, numa época em que a economia e celeridade processual são necessárias. O consumidor deve contar com um órgão de proteção cadastral(Cadastro Nacional de Ações Coletivas e Proteção ao Consumidor), no âmbito extrajudicial e o Ministério Público deve promover a defesa do consumidor, com o empenho necessário na medida da confiança depositada pela sociedade.

REFERÊNCIAS

BESSA, Leonardo Roscoe . 20 anos de Ação Civil Pública. 2005. Artigo publicado no sítio www.brasilcon.org.br

DA SILVA. Ovídio Araújo Baptista S. Curso de Processo Civil, volume 1, Sérgio Antonio Fabris Editor, 2ª edição, Porto Alegre, 1991;

GRINOVER, Ada Pellegrini. Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto, Editora Forense Universitária, 3ª edição, São Paulo;

LEAL, Márcio Flávio Mafra. Ações Coletivas: História, Teoria e Prática, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1998;

MAXIMILIANO, Carlos - Hermenêutica e Aplicação do Direito, 7ª edição, Livraria Freitas Bastos S.A., Rio de Janeiro;

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. A Coisa Julgada Erga Omnes Nas Ações Coletivas (Código do Consumidor) e a Lei 9.494/97. Revista Jurídica, Outubro/1999.

NERY JÚNIOR, Nelson e Rosa. Código de Processo Civil Comentado, ed. Revista dos Tribunais, 3ª edição, São Paulo;

RAMOS, André de Carvalho - Revista dos Tribunais, volume 755, setembro de 1998;

BRASIL. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

044

ATRIBUIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL NA QUESTÃO INDÍGENA: A INTERAÇÃO COMO MEIO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS CULTURAIS

Willian Lira de Souza[1]

Promotor de Justiça/PR

JUSTIFICATIVA, INTRODUÇÃO E DESENVOLVIMENTO:

Desde a chegada dos europeus ao continente americano, o Brasil vive um verdadeiro conflito cultural que dizimou quase a totalidade dos habitantes pré-colombianos. Os sobreviventes, ainda, viram suas tradições serem relegadas ao inservível e as comunidades indígenas restantes lutam tanto para a sobrevivência quanto para salvar o que resta de sua cultura. Desde o "descobrimento" a quase totalidade dos povos indígenas se nega à integração pelo simples fato de não querer mudar seu modo de vida. A crescente diluição dessas pessoas na sociedade envolvente se deu muito mais pela força que pelas convicções.

Nicola Abbagnano explica que o termo "cultura" tem dois significados:

> No primeiro e mais antigo, significa a *formação* do homem, sua melhoria e seu refinamento. F. Bacon considerava a C. nesse sentido como "a geórgia do espírito" (*De augm. Scient,* VII, 1), esclarecendo assim a origem metafórica desse termo. No segundo significado, indica o produto dessa formação, ou seja, o conjunto dos modos de viver e de pensar cultivados, civilizados, polidos, que também costumam ser indicados pelo nome de *civiliazação* (v.). A passagem do primeiro para o segundo significado ocorreu no séc. XVIII por obra da filosofia iluminista, o que se nota bem neste trecho de Kant: "Num ser racional, cultura é a capacidade de escolher seus fins em geral (e portanto de ser livre). Por isso, só a C. pode ser o fim último que a natureza tem condições de apresentar ao gênero humano" (*Crít. do Juízo, § 83).*[...][2]

Não é exagerado dizer que sempre houve, e ainda permanece, uma verdadeira guerra cultural onde o vencido sempre foi o conhecimento tradicional dos povos originais. Essa luta teve como armas não apenas a espada e a pólvora, mas também o ensino para sobrepor a população e o modo de vida europeu no recém apropriado continente. Por isso, os agentes políticos sempre incutiram na sociedade a ideologia de que nada da cultura indígena era aproveitável ao homem branco e que era uma benfeitoria trazer os membros das tribos para a sociedade envolvente, integrá-los à cultura européia e, paulatinamente, torná-los mais uma mera força de trabalho. Até o início dos anos 90 era senso comum a necessidade da expansão territorial da agropecuária e que as terras indígenas eram latifúndios improdutivos.

Os conflitos sociais envolvendo indígenas ganham cada vez mais relevância. Atualmente, o respeito a esses povos implica em barreiras à construção de hidrelétricas, à expansão agropecuária, à abertura de estradas, etc. Em recente julgado, o Supremo Tribunal Federal fixou que a demarcação da Reserva Indígena Raposa Serra do Sol deveria ser contínua, criando a maior reserva dessa natureza no Brasil e implicando na remoção de milhares de não-índios que lá vivem e exploram a terra.

---

[1] Devo agradecer à inestimável contribuição do Dr. Luiz Eduardo Canto de Azevedo Bueno, coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Proteção às Comunidades Indígenas, do Ministério Público do Estado do Paraná.

[2] ABAGGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 225.

Mas não é só em relação à terra que se vê conflito. Temos os infelizes casos de agressões e execuções de indígenas (como o caso do índio Galdino) pelo simples fato de pertencer à etnia. Dentro das próprias comunidades vive-se o dilema de deixar os filhos ter acesso à sociedade envolvente, e correr o risco de eles não retornarem ao cotidiano da tribo, ou mantê-los reclusos.

A resolução desse conflito histórico não é fácil e implica, necessariamente, em um rompimento de preconceitos, falsas informações e o estabelecimento de uma relação interativa entre as duas culturas.

A noção de que a competência para atuar nas questões indígenas é exclusiva da Justiça Federal, e por consequência do Ministério Público Federal, decorre de um paradigma já superado, o paradigma integracionista.

O integracionismo é decorrente da visão que se denominou "evolucionismo unilinear". Nas explicações de Helder Barreto, "nessa corrente era predominante a idéia de que a cultura desenvolve-se de maneira mais ou menos uniforme, sendo aceitável pressupor que cada sociedade percorresse as mesmas etapas evolutivas."[3] Por isso, havia uma relação entre evolução técnica e inteligência dos povos, criando-se "um paralelismo entre evolução das espécies e evolução das culturas"[4].

Essa visão fundamentava a crença popular de que o índio era um ser intelectualmente "inferior", "primitivo" e ainda em "processo de evolução".

O paradigma integracionista foi adotado desde o período colonial brasileiro até a promulgação da Constituição Federal de 1988. O Decreto nº 426, de 1845, tratava das missões de catequese e civilização dos índios. Por conta desse paradigma, toda a legislação nacional, desde o nível constitucional até os regulamentos administrativos, previa que: ou o indígena era isolado, e nessa condição não deveria ter qualquer interação com a sociedade envolvente; ou era integrado a essa sociedade e, então, deixava de ser considerado como índio[5].

É importante ressaltar que muitos indigenistas, sertanistas e antropólogos tiveram uma conduta diferente dessa pretensão à integração. Não se pode esquecer dos irmãos Villas Boas, de Francisco e Apoena Meireles e tantos outros que mantiveram contatos com populações isoladas e o fizeram, porque o avanço da "sociedade branca" logo atingiria as aldeias, com resultados terríveis, porém esse contato desses sertanistas não apenas evitou tragédias, como foram trocas respeitosas e harmoniosas, bem como deixaram aos indígenas a opção de se integrarem a "sociedade branca", escolhendo eles próprios a forma e o momento.

Essas atitudes salutares fez a mantença de lugares maravilhosos, como Parque Indígena do Xingu, as terras indígenas dos Xavantes e várias outras áreas, que até hoje conservam suas tradições, com algumas adaptações que os próprios indígenas escolheram.

Era da essência do integracionismo não respeitar a diferença cultural e refutar a possibilidade de interação com pessoas que mantinham um modo de vida diferente da sociedade envolvente. Acreditava-se fazer um bem aos indígenas trazê-los à sociedade européia, educá-los segundo sua cultura, ciência e religião.

Entendidas as implicações do paradigma integracionista, resta esclarecida a razão pela qual sempre se atribuiu com exclusividade a competência para as questões indígenas aos entes federais. Pensava-se que, para manterem sua identidade cultural, os índios não deveriam interagir com a cultura envolvente e, por decorrência, a única providência que deveria ser tomada pelo Estado era assegurar os territórios, ou seja, a questão da terra.

O direito de uso, posse e usufruto das terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas é chamado pela doutrina de indigenato. Esse instituto é uma das categorias mais antigas que temos no Brasil em relação à questão indígena e é contemporâneo às primeiras normas que tratavam dos direitos reais. Verificamos já na Carta Régia de 10 de setembro de 1611, promulgada por Felipe III, o texto "os gentios são senhores de suas fazendas nas povoações, como o são na serra, sem lhes poderem ser tomadas, nem sobre ellas se lhes fazer molestia ou injustiça alguma...".

A Lei de Terras de 1850, lei 601, aliada ao Decreto nº 426, de 1845, até hoje é usada como fundamento de decisões judiciais para o fim de anular títulos de propriedade conferidos ilegitimamente por Estados.

Fazendo-se um resgate histórico, verificamos que na Constituição Federal de 1934 o texto previa a competência da União para legislar sobre "incorporação" dos silvícolas à comunidade nacional.

O Estatuto do Índio, Lei 6001/73, adotou como objetivo "integrá-los à Comunhão Nacional".

O regulamento da FUNAI, instituída pela Lei 5.371/67, previa como função da entidade a "tutela das comunidades não integradas".

O Código Civil de 1916, por sua vez, previu em relação aos indígenas um regime tutelar, artigo 6º, que cessaria com a integração. Criou-se, portanto, um instituto que implicava em incapacidade relativa dos tradicionais.

Enquanto perdurou o paradigma integracionista, a única forma legalmente prevista de respeito às comunidades indígenas era o indigenato. Não se preocupava em garantir a esses povos os demais direitos e garantias que gradualmente foram sendo incorporados às pessoas que viviam na sociedade envolvente. Direitos humanos, civis e trabalhistas eras tidos como alheios aos povos pré-colombianos.

---

[3] BARRETO, Helder Girão. **Direitos indígenas:** vetores constitucionais. Curitiba: Juruá, 2004, p. 35.

[4] GOMES, Mércio Pereira. O índio na história. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 26-27. *apud* BARRETO, Helder Girão. **Direitos indígenas:** vetores constitucionais. Curitiba: Juruá, 2004, p. 35.

[5] O vigente Estatuto do Índio, lei 6.001/73, define "comunidade indígena ou grupo tribal – é um conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem, contudo estarem neles integrados." (art. 3º)

Com a Constituição Federal de 1988 o paradigma integracionista deu lugar ao interacionista. O interacionismo tem sua base na visão "evolucionista multilinear". Para essa perspectiva, "cada sociedade tem sua própria história e segue seu próprio caminho...."[6]. Não existem sociedades primitivas, em evolução, mas "diferentes sociedades, cada uma com seu valor próprio e cada uma com projetos próprios de futuro"[7].

Nessa linha, cria-se uma nova forma de contato entre culturas diversas. Uma forma não excludente. Valoriza-se o intercâmbio cultural e a preservação das raízes de cada sociedade. A interação, como troca de conhecimento, dá nome ao novo paradigma.

O novo texto constitucional, seguindo sua linha humanista, erigiu à categoria de garantia fundamental o direito à alteridade, à diferença. Com isso, fixou o respeito à cultura dos povos tradicionais e que a interação passaria a ser o objetivo de trabalho do Estado.

O reconhecimento da diversidade étnica e cultural do Brasil, estampado no artigo 5º, incisos VI; VIII e IX e no artigo 231[8] da Constituição, impõe respeito aos valores determinadores do comportamento do grupo minoritário. Os índios não possuem desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Na verdade, por vezes, seus valores, sua própria forma de viver e de conduzir suas ações diferem dos padrões admitidos como corretos pela sociedade envolvente[9].

A adoção do paradigma interacionista obriga os operadores do direito a fazer uma releitura da constituição, e das demais normas que tratam da matéria, partindo-se da premissa de que o Estado deve atuar e garantir os direitos constitucionalmente previstos a todos os seres humanos preservando-se a diversidade cultural. Passa-se então a garantir muito mais que o direito à posse das terras tradicionalmente ocupadas.

A mudança do paradigma também implica em uma mudança de mentalidade social. O arraigamento da visão integracionista gerou na sociedade um entendimento de que os indígenas só podem se beneficiar da estrutura do Estado envolvente se abdicarem suas origens tradicionalistas. O trabalho a ser desenvolvido para romper esse preconceito é árduo e certamente durará gerações. Para ele devem contribuir os operadores do direito, destacando-se o Ministério Público.

Nesse novo contexto, a atuação das instituições jurídicas estaduais, principalmente o Ministério Público e Judiciário, ganha papel de relevo, pois a elas compete garantir às comunidades indígenas a mesma dignidade humana que é buscada em relação aos cidadãos da sociedade envolvente. Direitos básicos como educação, alimentação, saneamento básico, habitação, trabalho digno devem ser tutelados nas comunidades indígenas com a mesma diligência que é dispensada aos demais membros da sociedade brasileira.

Ao se reconhecer o direito à diferença é possível visualizar que as comunidades indígenas têm duas gamas de direitos e interesses. Uma que lhes é peculiar e vem sendo objeto de tutela do Estado desde o paradigma integracionista. Nessa área destacam-se a cultura tradicional e o indigenato. Entretanto, além dessa zona, os indígenas ainda são sujeitos de direitos comuns às demais pessoas. Direitos cuja garantia é essencial à sobrevivência e preservação cultural das comunidades e passaram a ter respaldo constitucional com o paradigma interacionista.

É nessa segunda gama de direitos que nasce a competência do Judiciário Estadual e, via de consequencia, a atribuição do Ministério Público Estadual para atuar na defesa dos direitos humanos nas comunidades indígenas.

Frise-se que a distinção de duas gamas de direitos implica em reconhecer que as comunidades indígenas são sujeitos de direitos que não são tipicamente indígenas. São direitos essenciais a todos os seres humanos e não podem ser negados às comunidades tradicionais sob o argumento da não-integração.

Passando-se a uma releitura constitucional sob o paradigma da interação, o primeiro dispositivo de importância é o artigo 20º, inciso XI, do texto que confere à União a propriedade "das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios." Esse dispositivo é a pedra base da competência da Justiça Federal para apreciar as questões envolvendo o tema desse trabalho e é o que fundamentou a atuação exclusiva dos entes federais em relação aos indígenas durante a vigência do paradigma integracionista.

Outra norma pertinente é a regra de competência prevista no artigo 109, XI, que atribui à Justiça Federal processar e julgar a "disputa sobre direitos indígenas". Tal regra se aplica tanto à seara civil como a criminal. Também defende esse entendimento Helder Barreto[10], embora o autor destaque defensores de que tal competência

---

[6] BARRETO, Helder Girão. **Direitos indígenas:** vetores constitucionais. Curitiba: Juruá, 2004, p. 36.

[7] CUNHA, Manuela Carneiro da. Os índios no direito brasileiro hoje. In: CUNHA, Manuela Carneiro da. (org). Os direitos dos índios: ensaios e documentos. Rio de Janeiro: Brasiliense, 1987. p. 14-15. *apud* BARRETO, Helder Girão. **Direitos indígenas:** vetores constitucionais. Curitiba: Juruá, 2004, p. 36.

[8] Art. 231 - São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

[9] O projeto de Estatuto das Sociedades Indígenas (PL 2.057/91) pretende compreender como sociedade indígena "grupos socialmente organizados, compostos de uma ou mais comunidades, que se consideram distintos da sociedade envolvente e mantém vínculos históricos com sociedades pré-colombianas" (art. 2º)

[10] BARRETO, Helder Girão. **Direitos indígenas:** vetores constitucionais. Curitiba: Juruá, 2004, p. 109.

é exclusivamente civil[11]. Em uma oportunidade, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região entendeu que a competência para julgar um crime cometido por motivos intrinsecamente ligados à cultura da tribo era da Justiça Federal[12].

A norma em estudo exige uma atividade exegética cautelosa do operador do direito. Isso porque, ao se adotar o paradigma interacionista, deve-se identificar quais seriam os "direitos indígenas" para, então, delimitar o âmbito de competência federal.

A própria Constituição Federal identifica os direitos indígenas no artigo 231 de seu texto. Previu-se no *caput*: "São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.". Os parágrafos de mencionado artigo disciplinam o indigenato.

Assim, afora o indigenato, foram previstos constitucionalmente como direitos indígenas: 1) sua organização social; 2) costumes; 3) línguas; 4) crenças e tradições.

Obviamente que o rol não é taxativo e não exclui os demais direitos individuais e sociais previstos nos artigos 5º, 6º e 7º da Constituição Federal.

Assim, pode-se dizer que os direitos previstos no artigo 231 do texto constitucional são tipicamente indígenas e, adotando-se uma interpretação conjugada com o artigo 109, inciso XI, a sua disputa deve ser apreciada exclusivamente no foro federal. Os demais direitos aplicáveis à toda a sociedade, quando negados a um indivíduo ou comunidade indígena podem ser objeto de apreciação pelo sistema judiciário estadual. Não por se tratar de interesse de comunidade indígena, mas por ser direito subjetivo de pessoas.

A tese é corroborada pelo fato de a competência prevista no artigo 109, XI, da Constituição é de ordem material. Em outros termos, não se atribui à Justiça Federal o julgamento da disputa de direitos indígenas pela qualidade da parte, mas pela matéria objeto do conflito. Não basta que um indígena ou uma comunidade tradicional figure como interessada na causa para que a competência se desloque ao foro federal. É necessário que os direitos em disputas sejam essencialmente indígenas, em especial aqueles previstos no artigo 231 da Carta.

Deve-se ressalvar, contudo, que a competência para apreciar a causa pode se deslocar para o âmbito federal quando um órgão federal seja parte ou terceiro processualmente interessado. O exemplo mais clássico é quando a FUNAI figure no processo como parte ou terceiro processualmente interessado[13]. Nesse caso, independente da matéria em litígio, a responsabilidade judicial será federal pela competência em razão da pessoa, prevista no artigo 109, I, da Constituição. Lembre-se que a FUNAI tem uma atribuição executiva em relação às comunidades indígenas mais ampla que os temas previstos no artigo 231 do texto. Do ponto de vista das atribuições do Ministério Público, quando a providência buscada envolver de atuação de um órgão federal, como a FUNAI ou o IBAMA, a atribuição será do *parquet* federal.

Um terceiro ponto de importância vem de que os direitos humanos mais essenciais são de competência comum da União, Estados e Municípios, como prevê o artigo 23[14] da Constituição Federal de 1988. Cabe concorrentemente à União, Estados e Municípios, em destaque, garantir alimentação, saúde, moradia e educação. Tratando-se de competência comum, qualquer dos entes federados pode ser demandado para atender ao direito fundamental relegado. Não se tratando de matéria prevista no artigo 231 da Constituição Federal e não havendo interesse da União, a competência será do juízo estadual.

Por fim, urge lembrar que a competência da Justiça Federal é delineada pela especialidade e exceção. Nesse contexto, as hipóteses que implicam em atribuição do ente federal devem ser interpretadas restritivamente. Assim, não cabe estender a regra do artigo 109, XI, a casos não previstos pela Constituição e demais estatutos pertinentes, muito menos querer transformar tal norma em hipótese de competência em razão da pessoa.

---

[11] Citou Vladimir Carvalho e Aluísio Mendes.

[12] EMENTA: PROCESSO PENAL. COMPETÊNCIA. CRIME EM RAZÃO DE COSTUMES INDIGENAS. DISPUTA DE TERRAS INDÍGENAS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA DESNECESSÁRIA. 1. Sendo demonstrada a existência de conflito de terras entre integrantes de reservas indígenas e que a partir desta disputa sucederam-se desentendimentos punidos com cárcere privado por ordem do Cacique de uma das tribos - como polícia de ordem adotada na forma dos costumes indígenas ante transgressão de leis internas e/ou normas de convivência -, são as condutas de segregação em cárcere e de tortura concomitante afetas a interesses tipicamente da comunidade indígena e por essa razão passíveis de exame na jurisdição federal. 2. Os motivos dos crimes em tese praticados pelos réus estão diretamente relacionados com questões intrínsecas a direitos e à cultura indígenas, o que vem a firmar a competência da Justiça Federal para processar e julgar a ação penal, nos termos do inciso XI do artigo 109 da Constituição Federal. 3. Ante o imediato julgamento de mérito do recurso, resta prejudicado o pleito de antecipação de tutela. (TRF4, RSE 2007.71.17.001289-9, Sétima Turma, Relator p/ Acórdão Néfi Cordeiro, D.E. 20/02/2008)

[13] Faz-se tal ressalva pois a FUNAI pode atuar como agente tutelar do indígena, sem que isso implique em deslocamento da competência.

[14] Art. 23 - É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
...
II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;
...
V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência;
...
IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;
X - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos;
...

Fazendo-se uma busca na jurisprudência nacional em relação a eventuais conflitos de competência entre Estado e União, verificamos que a grande maioria dos casos envolve matéria criminal. Inicialmente, em decorrência da visão integracionista, entendia-se pela competência federal qualquer crime envolvendo indígena, como autor ou vítima, independente do local e circunstâncias do delito.

Paulatinamente, e principalmente após a Constituição Federal de 1988, a jurisprudência passou a reservar a competência criminal federal aos casos de genocídio ou quando as circunstâncias do fato impliquem em disputas sobre direitos indígenas[15], quais sejam , terras, línguas, tradições, organizações sociais e costumes (art. 231 da CF).

Na seara civil, por sua vez, as decisões judiciais são raras, mas pode-se verificar que as mais recentes se inclinam favoráveis às teses aqui expostas. Em um exemplo[16], o Superior Tribunal de Justiça decidiu que o simples fato de figurar um índio como interessado não deslocava a competência à Justiça Federal. Em outro[17], o mesmo Tribunal, com votos divergentes, ponderou que, mesmo sendo interesse de uma comunidade indígena, mas não se tratando de disputa sobre direitos indígenas, também não se enquadraria na regra do artigo 109, XI, da Constituição.

Conclui-se, então, que **direitos dos índios e suas comunidades não implica necessariamente em direitos indígenas.**

Esclarecida a distinção de competência, cumpre passar à análise das atribuições do Ministério Público, estadual e federal, nesse tema.

Ao Ministério Público Federal conferiu-se expressamente atribuição para atuar na tutela dos interesses das comunidades tradicionais, artigo 37, inciso II, da Lei Complementar 75/93[18].

A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público dos Estados, Lei 8.625/93, não contemplou nenhuma norma expressa em relação ao tema.

Em uma primeira vista poder-se-ia concluir que toda a atribuição do Ministério Público para atuar em relação aos interesses das comunidades indígenas recairia ao ente Federal, vez que o próprio texto da lei lhe permite atuar perante o Judiciário Estadual.

Contudo, é preciso lembrar, primeiramente, que tal dispositivo foi inserido na lei orgânica do Ministério Público Federal como uma decorrência lógica e histórica de sua atuação ainda sob a vigência dos textos constitucionais revogados. Segundo, a Constituição Federal, ao fixar as funções do Ministério Público (e aí ela não distinguiu estadual e federal) conferiu ao *parquet* a tutela dos interesses das comunidades indígenas[19]. Terceiro, a regra da Lei Complementar deve ser contextualizada com a interpretação conjugada dos artigos 109 e 231 da Constituição Federal, como já esmiuçado nos parágrafos anteriores. Quarto, ao se tutelar direitos humanos o Ministério Público Estadual atingirá, por decorrência da universalidade de tais direitos, pessoas que vivem nas comunidades indígenas.

---

[15] EMENTA: COMPETÊNCIA CRIMINAL. Conflito. Crime praticado por silvícolas, contra outro índio, no interior de reserva indígena. Disputa sobre direitos indígenas como motivação do delito. Inexistência. Feito da competência da Justiça Comum. Recurso improvido. Votos vencidos. Precedentes. Exame. Inteligência do art. 109, incs. IV e XI, da CF. A competência penal da Justiça Federal, objeto do alcance do disposto no art. 109, XI, da Constituição da República, só se desata quando a acusação seja de genocídio, ou quando, na ocasião ou motivação de outro delito de que seja índio o agente ou a vítima, tenha havido disputa sobre direitos indígenas, não bastando seja aquele imputado a silvícola, nem que este lhe seja vítima e, tampouco, que haja sido praticado dentro de reserva indígena. (RE 419528, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/08/2006, DJ 09-03-2007 PP-00026 EMENT VOL-02267-03 PP-00478)

[16] CONFLITO DE COMPETÊNCIA. ALVARÁ JUDICIAL. LEVANTAMENTO DE SALDO EM CONTA POUPANÇA DE PARTICULAR SILVÍCOLA. DIREITOS INDÍGENAS. NÃO CONFIGURAÇÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.
1. A competência da Justiça Federal para o julgamento de causas sobre os direitos indígenas (art. 109, XI da CF/88) diz respeito aos direitos elencados no art. 231 da Constituição Federal.
2. Não configura causa sobre direitos indígenas o pedido de alvará judicial, feito por indígena, para levantamento de valor depositado em conta de poupança do de *cujus*, também índio, pois se trata de pretensão de natureza particular, e não de pretensão do grupo indígena.
3. Conflito de competência conhecido e declarada a competência do Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de Ibirama/SC, o suscitado.
(CC 39.818/SC, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/03/2004, DJ 29/03/2004 p. 167)

[17] PROCESSO CIVIL E CONSTITUCIONAL - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO.
1. A CF/88 estabelece ser da competência da Justiça Federal os dissídios sobre direito indígenas (art. 109, X, da CF).
2. Se não há disputa de direitos indígenas, direitos estes catalogados no art. 231 da CF/88, cede a competência da Justiça Federal.
3. Pedido de indenização formulada por associação de comunidade indígena deve ser apreciado na Justiça Estadual.
4. Conflito conhecido para declarar competente a Justiça Estadual.
(CC 32349/PE, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, Rel. p/ Acórdão Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/06/2002, DJ 24/03/2003 p. 134)

[18] Art. 37 - O Ministério Público Federal exercerá as suas funções:
I - nas causas de competência do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e dos Juízes Federais, e dos Tribunais e Juízes Eleitorais;
II - nas causas de competência de quaisquer juízes e tribunais, para defesa de direitos e interesses dos índios e das populações indígenas, do meio ambiente, de bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, integrantes do patrimônio nacional;

[19] Art. 129 - São funções institucionais do Ministério Público:
...
V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

Por isso, assim como há competência do Judiciário Estadual para apreciar questões envolvendo pessoas e comunidades indígenas, também há atribuição do Ministério Público Estadual para a tutela dos direitos constitucionalmente garantidos a esses povos.

A última questão a ser resolvida nesse trabalho é: há espaço para atuação do Ministério Público Estadual? E como ela se daria?

O ingresso do Ministério Público Estadual na tutela das comunidades indígenas gera como primeira grande vantagem a proximidade de um membro das comunidades. Em todo Brasil verificam-se unidades do ente estadual em um maior número de Municípios que o federal e isso diminui sensivelmente as necessidades de deslocamento.

A primeira missão é promover iniciativas dirigidas a romper o preconceito social e efetivar o paradigma interacionista. O espaço fértil para esse tipo de trabalho é a escola. A educação nacional ainda passa às crianças uma visão colonial dos indígenas. Os livros didáticos se referem a esses povos como uma população inculta, nua e improdutiva. Raramente se observa um trabalho de aproximação e destaque aos benefícios de um modo vida mais simples e uma alimentação natural.

Um segundo passo é garantir às pessoas que vivem em aldeias a alimentação, educação, saúde, saneamento básico, segurança e outros direitos fundamentais.

Poder-se-ia cogitar que a tutela da educação indígena seria restrita aos entes federais, uma vez que afeta fatores culturais. Ledo engano. Os índios têm direito à educação pela ciência da sociedade envolvente sem prejuízo daquela inerente às tradições de seu grupo. O fato de a educação indígena exigir adequações às realidades daquela gente e de suas aldeias não afasta, por si só, a obrigação dos estes estaduais e municipais. Basta lembrar que a educação de surdos, cegos, portadores de deficiência, idosos, etc também só se concretiza se operacionalizadas mediante adaptações às peculiaridades do público alvo.

No Paraná[20], outro fator de importância que reclama intervenção do Ministério Público Estadual é a política de cotas sociais para ingresso de indígenas nas Universidades Públicas Estaduais[21]. O correto entendimento da causa indígena é fundamental seja para garantir o acesso dos estudantes a tais vagas, quanto para, em sede de parecer em Mandados de Segurança, evitar que essas cadeiras sejam ilegitimamente ocupadas por pessoas que não integram as comunidades indígenas.

O mesmo raciocínio vale para a saúde. As políticas de saúde devem ser adaptadas à realidade indígena e os agentes devem respeitas as tradições, como o uso de ervas e a pagelança. Entretanto, tais peculiaridades não justificam a ausência dos Estados e Municípios, como vem se observando cotidianamente.

A Procuradoria-Geral de Justiça do Paraná criou um Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Proteção às Comunidades Indígenas.[22] A iniciativa foi pioneira no Brasil e desde o início dos trabalhos já se verificam importantes atuações. Destacam-se[23] as iniciativas no sentido de combater o alcoolismo nas aldeias e a desnutrição.

Essas iniciativas demonstram que a atuação do Ministério Público Estadual pode, em muito, contribuir para o efetivo assentar do paradigma interacionista e a redução dos conflitos culturais que até hoje permeiam a questão indígena. Além disso, a instituição pode contribuir para assegurar às comunidades a efetivação de seus direitos fundamentais.

CONCLUSÕES

A título de conclusão, podemos sustentar que:

1) desde a chegada dos europeus trava-se uma guerra cultural entre os povos que já habitavam o Brasil e os colonizadores;

2) a concepção popular acerca do papel do Estado em relação às comunidades tradicionais ainda está atrelado ao revogado paradigma integracionista, entendendo-se como índio apenas aqueles que vivem em isolamento;

3) a Constituição Federal de 1988 rompeu o paradigma integracionista e firmou o direito à diferença, cabendo ao Estado preservar a cultura indígena;

4) afora os direitos especificamente conferidos pelo artigo 231 da CF, as comunidades indígenas também são contempladas por todas as demais garantias individuais, sociais e políticas previstas no texto, que não se confundem com os primeiros;

5) a regra de competência fixada no artigo 109, XI, da CF é em razão da matéria, não da pessoa;

---

[20] No Paraná, segundo dados da Assessoria de Assuntos Indígenas do Estado do Paraná, existem 32.000 Índios das etnias Kaingang, Guarani e Xetá. Aproximadamente 14.500 vivem em aldeias, sendo 22 áreas demarcadas, oito não demarcadas e seis áreas onde vivem algumas famílias dispersas.

[21] As vagas especiais para indígenas no ensino superior foram criadas no Paraná pela lei estadual 13.134/2001, alterada pela lei 14.995/2006, onde se prevê 06 vagas em todos os processos seletivos para serem disputadas, exclusivamente, entre os índios integrantes da Sociedade Indígena Paranaense. Tais vagas são excedentes àquelas já previstas inicialmente para cada curso.

[22] Resolução 2252, de novembro de 2007, disponível em: http://www.mp.pr.gov.br/cpindio/telas/indio_resolucao.html

[23] Em outra atitude de importância logrou-se instalar na aldeia Queimadas, em Ortigueira, a primeira caixa postal comunitária dentro de uma aldeia indígena no Brasil.

6) o Poder Judiciário Estadual tem competência para julgar as causas relativas a interesses de índios e comunidades indígenas, desde que não se trate de matéria prevista no artigo 231 da CF, nem haja interesse da União ou de suas pessoas jurídicas na qualidade de parte ou terceiro processualmente interessado;

7) O Ministério Público Estadual tem atribuição para a tutela de direitos sociais e individuais indisponíveis dos indígenas, quando tal trabalho não demande atuação contra a União ou uma de suas pessoas jurídicas, na qualidade de parte ou terceiro processualmente interessado, ou se trate de matéria prevista no artigo 231 da CF;

8) compete ao Ministério Público Estadual velar para que os direitos fundamentais de alimentação, saúde, moradia, saneamento e saúde pública, entre outros, sejam estendidos às comunidades indígenas;

9) a atuação do Ministério Público Estadual pode reduzir os conflitos sociais e culturais que ainda permeiam a causa indigenista e contribuir para assegurar às comunidades a efetivação de seus direitos fundamentais.

BIBLIOGRAFIA

ABAGGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

BARRETO, Helder Girão. **Direitos indígenas**: vetores constitucionais. Curitiba: Juruá, 2004.

047

O MINISTÉRIO PÚBLICO E O CONTROLE DO CUMPRIMENTO DA REGRA CONSTITUCIONAL DE OBRIGATORIEDADE DO CONCURSO PÚBLICO

Raul de Mello Franco Júnior*

Promotor de Justiça/SP

RESUMO: A regra da obrigatoriedade do concurso público tem sido cumprida, amiúde, apenas em seu aspecto formal, frustrando as finalidades previstas pelo legislador constituinte. É preciso que o Ministério Público esteja particularmente atento para agir, inclusive de forma preventiva, de modo a evitar que os concursos públicos se convolem em procedimentos administrativos "de fachada", engendrados para permitir, precipuamente, deliberadas lesões aos princípios em favor dos quais o instituto foi concebido: legalidade, moralidade, impessoalidade e eficiência.

SUMÁRIO: Introdução. I. As finalidades constitucionais do concurso público. II. Meios de frustração das finalidades dos concursos públicos. 2.1. Publicidade deficiente. 2.2. Nepotismo e concurso público. 2.3. Repetição imotivada de concursos, concursos para cargos inexistentes e o abuso da utilização do "cadastro de reserva". 2.4. Ineficiência dos meios de controle das vedações de acumulação de cargos, vencimentos e proventos no setor público. 2.5. Vícios na contratação de terceiros para a organização e realização de concursos. III. Necessidade de produção legislação reguladora dos concursos. IV. Conclusões. V. Proposições. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Com a Constituição de 1988, ganhou extensão e força a regra da obrigatoriedade do concurso público como instrumento de preservação dos comandos regentes da Administração Pública, em especial dos princípios da impessoalidade, da moralidade e da eficiência. Ao mesmo tempo, o instituto foi concebido para servir à garantia do direito de acesso, nos termos da lei, de brasileiros e estrangeiros aos cargos, empregos e funções públicas.

A mera exigência do concurso público é, porém, insuficiente para alcançar os seus propósitos. São incontáveis os meios e formas que permitem a burla às suas finalidades, sendo mesmo certo que, em pequenos centros, procedimentos de frustração das finalidades do certame sejam encarados com incompreensível tolerância, seja pelos administrados, seja pelas autoridades públicas.

Centenas de concursos públicos são abertos em todos os meses do ano, com raríssimas restrições impostas pela lei eleitoral. A oferta é de tal ordem que permitiu o desenvolvimento de incontáveis empresas e publicações especializadas. Muitos desses concursos, entretanto, representam formas engenhosas de driblar os impositivos constitucionais, de favorecer pessoas certas (inclusive parentes de agentes políticos), de legalizar situações irregulares de certos servidores antecipadamente contratados, de angariar recursos gerados pelo pagamento de inscrições, de beneficiar terceiros envolvidos com a organização dos certames etc.

A simples abertura e a realização formal de concursos públicos não podem ser encaradas como atos meramente discricionários e de suficiente obediência à regra constitucional. O número de certames questionados pelos Tribunais de Contas e mesmo pelo Ministério Público, por suspeitas de irregularidades, é insignificante. A

* 9º Promotor de Justiça de Araraquara-SP. Mestre em Direito Público pela UNESP – Universidade Estadual Paulista. Doutorando em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Professor de Direito Constitucional do Centro Universitário de Araraquara (UNIARA).

instituição deve refletir mais profundamente sobre o instituto e certas particularidades que orbitam a sua execução, adotando medidas preventivas e repressivas que possam aprimorá-lo e levá-lo a alcançar, de modo efetivo, as suas finalidades, tudo sem prejuízo de promover as responsabilizações civis e criminais que esses cuidados sejam capazes de revelar e de exigir.

I. AS FINALIDADES CONSTITUCIONAIS DO CONCURSO PÚBLICO

A investidura em cargo ou emprego público depende de prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos realizado pela administração pública direta, indireta ou fundacional, excluídas as nomeações para os cargos em comissão e as contratações para atender as necessidades temporárias de excepcional interesse público (cf. art. 37, inc. II, da Constituição da República). O mesmo texto constitucional permite que o prazo de validade do concurso se estenda por até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período.

Pugnou o Poder Constituinte, ao instituir tal regramento, assegurar o direito de acesso do cidadão e dos estrangeiros aos cargos, empregos e funções públicas e, preservando a probidade da administração, recrutar os melhores pretendentes às vagas abertas no serviço público, a fim de que a administração cumpra com proficiência o seu desiderato. Significa dizer que as regras constitucionais buscam, a um só tempo, prestar homenagem ao princípio republicano (assegurando a todos a possibilidade isonômica de participação na Administração Pública) e impor o cumprimento dos princípios da moralidade, da impessoalidade e da eficiência, integrantes do complexo principiológico indicado no *caput* do artigo 37, da CF.

Mas não basta realizar concursos. É preciso que eles sejam cintados de todas as garantias, preservando o total respeito às regras constitucionais, legais e editalícias. A conduta do Administrador há que ser indene de dúvidas ou de suspeitas quanto à lisura desses procedimentos.

Hugo Nigro Mazzilli, escrevendo sobre o assunto, ponderou: "a finalidade do concurso é assegurar igualdade de condições para todos os concorrentes, evitando-se o favorecimento e discriminação, e permitindo-se que a administração selecione os melhores. Fere-se, pois, os princípios da impessoalidade, igualdade, publicidade, probidade e legalidade, que a administração escolha com quem quer contratar independentemente de licitação ou concurso, e discrimine aqueles com quem não quer contratar. Trata-se de princípios consagrados no art. 37, *caput*, da Constituição da República. A moralidade administrativa e o interesse coletivo integram a legalidade do ato administrativo (Ap. Cível nº 151.580 – TJSP, RDA 89/134)"[1].

No mesmo sentido, o ensinamento de Hely Lopes Meirelles: "o concurso é o meio técnico posto à disposição da Administração Pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público, e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam aos requisitos da Lei, consoante determina o artigo 37, II, da Constituição da República. Pelo concurso se afastam, pois, os ineptos e os apaniguados, que costumam abarrotar as repartições num espetáculo degradante de protecionismo e falta de escrúpulos de políticos que se alçam e se mantém no poder, leiloando empregos públicos."[2]

Nesta linha, o artigo 37, parágrafo 2º da Constituição Federal é incisivo ao preceituar que "a não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade, nos termos da lei".

II. MEIOS DE FRUSTRAÇÃO DAS FINALIDADES DOS CONCURSOS PÚBLICOS

A prática administrativa da organização e execução de concursos públicos tem permitido vislumbrar, sobretudo nos pequenos e médios Municípios, graves desvios. O controle desses atos administrativos exige que se rompa o verniz de aparente legalidade dos certames inaugurados, esforço que acaba por revelar, com preocupante frequência, que a exigência constitucional do concurso público tem servido a outros interesses pouco nobres ou é cumprida apenas na forma.

Elencamos, a seguir, apenas a título de ilustração, situações que vem se repetindo nas administrações de todos os níveis e que exigem especial atenção por parte do Ministério Público, na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais:

2.1. Publicidade deficiente

Para atender ao comando constitucional, a abertura de concurso público deve ser amplamente divulgada através de canais de comunicação de massa, notadamente a imprensa escrita. Trata-se de medida elementar de cumprimento do princípio da publicidade. A observância desse princípio "não apenas compreende o fim de cognoscibilidade da instauração e das regras do concurso, mas também o de acessibilidade e, ao par de corresponder

---

[1] Extraído de voto proferido pelo então Procurador de Justiça Hugo Nigro Mazzilli no inquérito civil nº 03.555/94–CSMP, oriundo de Bragança Paulista-SP.

[2] Direito Administrativo, 1991, Ed. Revista dos Tribunais, p. 370.

com a exigência de exposição pública dos atos administrativos, concerta-se com o direito público de informação, o direito de saber, o direito de controle administrativo e o direito de acesso aos cargos públicos"[3].

Embora possa admitir-se superável por outros meios, a restrição aos direitos públicos de saber e de controlar os atos da Administração Pública, notadamente no que concerne ao direito de aceder aos cargos públicos, representa vulneração insanável ao princípio da publicidade. Essa vulneração pode ocorrer por deficiência do meio publicitário, da textualização dos atos ou do tempo - quer de sua divulgação, quer do propiciado à contrapartida de ações dos destinatários da comunicação[4].

Deste modo, deve ser encarada como ofensiva ao princípio constitucional a divulgação do edital com vícios formais, a omissão de dados relevantes pela veiculação singular de instrumentos simplificados, publicações solitárias e por diminuto período, utilização de veículos de restrita circulação e pequeno alcance (semanários, publicações mensais, afixação de peças editalícias unicamente em murais ou átrios de prédios públicos), prazo exíguo entre a primeira publicação e o encerramento das inscrições, fluência concomitante de curtos prazos de divulgação e inscrição etc. No momento em que o mundo experimenta verdadeira revolução no acesso às informações, proporcionada pela rede mundial de computadores, publicidades acanhadas devem ser vistas com cautela, eis que podem escamotear objetivos escusos, facilitados pelo fato de atraírem poucos interessados à disputa.

Não há, em geral, lei que fixe prazos ou quantitativos para as publicações ou para as inscrições em concurso. Mas essa eventual lacuna não autoriza que a Administração Pública deixe de agir com base na razoabilidade, com ofensas aos princípios da publicidade e da impessoalidade.

2.2. Nepotismo e concurso público

Com a edição da Súmula vinculante n. 13 (STF), em novembro de 2008, o poder público passou a ser impedido de utilizar legitimamente os cargos em comissão para o atendimento dos interesses de cônjuges e parentes da autoridade nomeante. É sabido que tais cargos, fundados em relação de confiança, dispensam a reverência à regra da obrigatoriedade do concurso público e franqueiam a investidura de pessoas estranhas ao funcionalismo público (art. 37, inc. II, parte final, CF). Constituíram, historicamente, a porta usual de entrada da parentalha de agentes políticos nos quadros do serviço público, circunstância que pouco foi afetada pela nova redação conferida pela EC 19/98 ao inc. V do art. 37 da CF, florescida justamente do propósito de impor limites a essa prática[5].

A súmula atacou um mal que tem raízes culturais no Brasil e que, mesmo depois da restrição, permanece pouco compreendida por algumas figuras do meio político. A teimosia para escapar da vedação já deu origem até mesmo a atos secretos de nomeação.

O combate ao nepotismo, entretanto, intensificou o uso de outros mecanismos qualitativamente mais graves por parte de políticos inescrupulosos. O que é possível constatar, sobretudo nas administrações municipais, é a manipulação de concursos, com fraudes requintadas, de modo a garantir, agora, a investidura dos apaniguados não apenas no período de mandato dos nomeantes, mas em cargos efetivos. Também a alternativa das contratações temporárias[6] (as quais dispensam, igualmente, a realização de concurso) passou a ter a sua utilização incrementada para atender a esses fins.

2.3. Repetição imotivada de concursos, concursos para cargos inexistentes e o abuso da utilização do "cadastro de reserva"

O provimento autônomo de cargo ou emprego público é ato formal. Homologado o resultado das provas, com a elaboração do rol dos classificados, o preenchimento da vaga somente será alcançado com o ato de nomeação, seguido da posse e do início de exercício. A nomeação é ato de investidura, o qual se completa com a posse, *conditio juris* da função pública.

O candidato nomeado tem direito à posse (cf. Súmula 16, STF) e, consoante entendimento mais recente do Superior Tribunal de Justiça (MS 10381, RMS 25957, RMS 20.718, RMS 15.420, RMS 15.945, RMS 15.034 etc.) e da

---

[3] Neste sentido: Mendes, Gilmar Ferreira; Coelho, Inocêncio Mártires; Branco, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, ed. Saraiva, São Paulo, 2007, p. 788 e Ag. 839.143-5-3 -TJSP - 1 – 1ª C.D. Público. - Voto RHMD 19.654 -3.

[4] Cf. TJSP - 11ª Câmara de Direito Público – Agr. 839.143-5-3, Rel. Des. Ricardo Dip, j. 06.04.2009.

[5] Com a EC 19/98, o inc. V do art. 37 da CF passou a ter a seguinte redação: "As funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento". A lei a que se refere o dispositivo é inexistente na maioria das Administrações e a emenda não proibiu, de outro lado, a nomeação de pessoas que não pertencem aos quadros da Administração, desde que as funções não sejam de direção, chefia e assessoramento (neste sentido: Moraes, Alexandre. Reforma Administrativa – EC 19/98. São Paulo: Atlas e Lopes, Maurício Ribeiro. Comentários à reforma administrativa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 117).

[6] Referimo-nos às contratações para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, previstas no inc. IX do art. 37 da CF.

Suprema Corte (RE 227480-RJ)[7], o candidato aprovado dentro do número de vagas previstas no edital tem direito líquido e certo à nomeação[8], salvo recusa motivada da Administração e suscetível de apreciação pelo Poder Judiciário.

Para a negação desse direito intensificou-se a prática, em alguns casos abusiva, de lançar mão do chamado "cadastro de reserva".

Admite-se a utilidade, para os órgãos estatais, de manter um rol de aprovados cuja convocação possa ser facilitada, mormente para carreiras que demandam frequentes nomeações. Mas essa válvula não pode se convolar em artifício de engodo ou de frustração de direitos. Inúmeros editais subtraem dos interessados informações essenciais, disponíveis no momento de abertura do certame. É o caso de omissão do número de vagas que comportam imediato provimento ou vezo de recorrer a fórmulas genéricas, de conteúdo aberto, do tipo "destina-se ao preenchimento de cargos que forem criados ou que vagarem no prazo de validade desse concurso".

Ora, nos termos do texto constitucional, o concurso é exigência para a *investidura*, ato que pressupõe, em regra, a existência do cargo a ser provido. Deste modo, salvo hipótese plenamente razoável e justificada, não faz sentido a instalação de concurso público para o provimento de vagas que sequer existem. Como a criação de cargos depende de lei (cujo processo legislativo não foi, muitas vezes, sequer iniciado), as pessoas são levadas a se preparar, pagar e se inscrever para a disputa de cargos ou empregos hipotéticos, verdadeiras vagas virtuais dos quadros das Administrações.

Há casos em que tais cargos acabam nem sendo criados ou, mesmo diante do rol de aprovados (com prioridade de convocação, nos termos do art. 37, IV, da CF), são providos, na surdina, por contratações temporárias ou por agentes em desvio de função, em detrimento de todos os "investimentos realizados pelos concursantes, em termos financeiros, de tempo e emocionais, bem como às suas legítimas expectativas quanto à assunção do cargo público"[9].

Uma rápida consulta à grande imprensa e aos buscadores virtuais revela que órgãos da administração direta, autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista reiteram a formação de cadastros de reserva em intervalos de um ou dois anos (sequer estendem o prazo de validade do concurso, como lhes permite a Constituição), mesmo antes da caducidade do certame anterior, angariando vultosas quantias em concursos que atraem centenas de milhares de interessados, com burla ao direito de acesso dos aprovados na disputa anterior, promovida com idênticas finalidades.

A reedição de certames fantasiosos, com milhares de candidatos e sem a nomeação de um aprovado sequer (e não se trata de exagero!) conduz à conclusão, alardeada no justo inconformismo dos governados, de que concursos públicos estão sendo utilizados, em todos os níveis, para uma finalidade eticamente repugnante e legalmente censurável: servir unicamente como meio ilegítimo de captação de recursos gerados pelas inscrições dos interessados. Trata-se de verdadeiro estelionato institucional!

Não faz sentido que o Poder Público se proponha a realizar ato complexo e oneroso como um concurso público, sem que o faça com total transparência. O cidadão tem o direito de saber, de antemão, quais e quantas são as vagas que integram a disputa. Esse dado objetivo pode, inclusive, nortear a sua opção em concorrer ou não concorrer. A sonegação de informações impede, ainda, que os aprovados possam cobrar, na via administrativa ou judicial, a concretização das finalidades do concurso, com a consequente e merecida nomeação.

Do mesmo modo, embora não seja vedada a abertura de novos concursos antes do esgotamento da validade de similar anterior para os mesmos cargos, a autoridade pública deve justificar o fato de desprezar a possibilidade de convocação dos candidatos anteriormente aprovados. Se deixa de fazê-lo, agride as finalidades do certame e

---

[7] EMENTA: DIREITOS CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. NOMEAÇÃO DE APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO. EXISTÊNCIA DE VAGAS PARA CARGO PÚBLICO COM LISTA DE APROVADOS EM CONCURSO VIGENTE: DIREITO ADQUIRIDO E EXPECTATIVA DE DIREITO. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. RECUSA DA ADMINISTRAÇÃO EM PROVER CARGOS VAGOS: NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO. ARTIGOS 37, INCISOS II E IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. Os candidatos aprovados em concurso público têm direito subjetivo à nomeação para a posse que vier a ser dada nos cargos vagos existentes ou nos que vierem a vagar no prazo de validade do concurso. 2. A recusa da Administração Pública em prover cargos vagos quando existentes candidatos aprovados em concurso público deve ser motivada, e esta motivação é suscetível de apreciação pelo Poder Judiciário. 3. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento (**RE 227480/RJ - Relator(a): Min. MENEZES DIREITO - Relator(a) p/ Acórdão: Min. CÁRMEN LÚCIA – j. 16/09/2008 - Órgão Julgador: Primeira Turma – Publicação:** DJe-157 – 21.08.2009 – Ement Vol-02370-06, p. 01116). Em caso semelhante, a repercussão geral foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no Recurso Extraordinário (RE) 598099, em que o estado do Mato Grosso do Sul questiona a obrigação da administração pública em nomear candidatos aprovados dentro no número de vagas oferecidas no edital do concurso público (decisão de 24.04.2009 – Rel. Min. Menezes Direito - cf. Imprensa - Notícias STF, disponível em http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=107829). Acessível em 18.09.2009.

[8] Sobre o tema, o STJ e o STF inovaram, invertendo um entendimento consagrado há décadas. A orientação jurisprudencial anterior previa que o momento do provimento dos cargos, tal qual o de abertura de concurso para o preenchimento das vagas existentes, era de livre discrição do Poder Público. Inscrevia-se no círculo de discricionariedade do administrador, ou seja, incumbia ao gestor público aferir a conveniência e oportunidade da nomeação. O candidato aprovado, por sua vez, não tinha mais do que expectativa de direito quanto à nomeação.

[9] Cf. STJ - RMS 25.957/MS – Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho.

lesa o direito de prioridade dos primeiros concursados, cujo esteio é o art. 37, inc. IV, da Lei Maior. Em casos tais, incumbe ao Ministério Público exigir que a autoridade se explique. Tal medida não tem por finalidade primeira a proteção de direitos disponíveis dos aprovados (embora essa consequência possa advir, por via reflexa). Busca, antes, por parte de quem tem o dever de defesa da ordem jurídica, evitar que os novos atos administrativos consubstanciem burla às regras constitucionais.

2.4. Ineficiência dos meios de controle das vedações de acumulação de cargos, vencimentos e proventos no setor público

A acumulação remunerada de cargos, empregos e funções na Administração Pública (duplicidade de vínculos) é, com raras exceções, vedada pelo texto constitucional[10]. A proibição também abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público[11]. A EC 20/98 também passou a impedir a percepção simultânea de proventos da inatividade e vencimentos de cargo, emprego ou função pública (remunerações acumuladas)[12].

A interpretação sistemática desses dispositivos com a regra de obrigatoriedade do concurso público permite deduzir que é vedada a nomeação de candidato aprovado que, já sendo servidor, não demonstre a cessação de vínculo anterior com o poder público. Também o candidato aposentado ou da reserva, ainda que obtenha aprovação em concurso público, não pode ser nomeado para um novo cargo da Administração direta (centralizada) ou indireta, sem renunciar aos seus proventos[13].

Mas de que forma essas exigências tem sido fiscalizadas? Há, quando muito, declaração assinada pelo nomeado, no ato da posse, no sentido de que não se encontra nas situações elencadas. Eventual falsidade ideológica (sem descartar as declarações produzidas em formulários padrões, que sequer são lidos, ou firmadas por ignorância do agente acerca do significado e da extensão do que lhe é vedado) somente virá à tona se o próprio poder público ou terceiros alardearem o descumprimento da regra, fato que raramente ocorre.

A dificuldade somente será superada a partir de medidas mais rígidas inseridas na lei, no regulamento ou edital do concurso ou, ainda, providências de natureza político-administrativas que promovam a integração e o compartilhamento de bases de dados de recursos humanos de todas as administrações diretas e indiretas[14].

2.5. Vícios na contratação de terceiros para a organização e realização de concursos

A complexidade de certos concursos públicos pode justificar a terceirização desses serviços. Em grandes certames verifica-se que empresas sérias, altamente especializadas, organizam e executam concursos com competência e eficiência que o poder público dificilmente lograria, caso optasse pela realização direta.

Em muitas localidades, todavia, tais contratações também tem servido a propósitos ilegítimos, com indevidas dispensas de licitação ou com a eleição de empresas negativamente comprometidas com o poder público local. Nestes casos, a terceirização pode funcionar como alternativa de captação de recursos em favor de terceiros (em concursos que somente aparentam seriedade) ou como instrumentos facilitadores da manipulação de provas e resultados.

Exige-se, deste modo, especial atenção ao processo de escolha que antecede o concurso público e que, em geral, culmina na contratação de empresas especializadas. Há que se verificar a qualificação técnica e profissional de tais empresas, o seu quadro societário (que, não raras vezes, também oculta casos de nepotismo e favorecimentos), a capacitação dos profissionais que a integram etc., tudo de modo a evitar os males que a terceirização é capaz de gerar.

---

[10] Neste sentido, vide art. 37, incs. XVI e XVII da CF.

[11] Cf. art. 37, inc. XVII, CF.

[12] Vale anotar que a regra geral, inscrita no art. 37, § 10, da CF, veio acompanhada de exceções. A primeira delas diz respeito ao próprio alcance da proibição: não afeta os inativos que até a data da publicação da emenda (16.12.98) tenham ingressado novamente no serviço público por concurso ou outra forma de provimento constitucional (art. 11, EC 20/98). Também não são alcançados os ocupantes de cargos constitucionalmente acumuláveis, os cargos eletivos e os cargos em comissão.

[13] O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que o servidor pode renunciar à aposentadoria voluntária anteriormente concedida (o que a doutrina jurídica denomina "desaposentação"), de modo a afastar o óbice da acumulação (neste sentido: RE nº 310.884/RS; RMS nº 14.624/RS, DJ de 15/08/2005).

[14] Digno de encômios, neste sentido, o acordo de cooperação firmado no início de julho/2009 entre os Ministros do Planejamento, da Previdência Social e o Presidente do Conselho Nacional de Secretários de Administração (Consad) para possibilitar, com o auxílio técnico da Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência Social (Dataprev), o cruzamento e a utilização das bases de dados de recursos humanos da União e dos Estados. O trabalho será financiado pelo Programa Nacional de Apoio à Modernização da Gestão e do Planejamento dos Estados Brasileiros e do Distrito Federal (Pnage) e o seu sucesso depende da adesão de cada Governo Estadual. Vide: http://www.governoeletronico.gov.br/noticias-e-eventos/noticias/base-de-dados-de-servidores-federais-e-estaduais-sera-compartilhada. Quem sabe, num segundo momento, o acordo também alcance as bases municipais.

III. NECESSIDADE DE PRODUÇÃO LEGISLATIVA REGULAMENTAR DOS CONCURSOS

A regra constitucional do concurso público é norma auto aplicável e que não demanda regulamentação. Tal não impede, entretanto, que no exercício da autonomia legislativa de cada ente público, a questão seja regulada por diploma legal.

A lei ou o decreto cumpriria, no caso, não uma função concretizadora (o que é próprio das normas não exequíveis por si mesmas), mas uma função declarativa regulamentadora. Permitiria, assim, para fins de certeza jurídica, uma clarificação de conteúdo, uma delimitação de direitos e deveres, sem restringir o alcance protetivo da matriz constitucional[15].

A normatização legislativa seria útil para coibir, na administração direta ou indireta, problemas que tem gerado a anulação de certames inteiros. Assim, por exemplo, para fixar normas claras acerca da publicidade (canais de publicação, conteúdos e utilidades de editais completos e editais simplificados, prazos mínimos para divulgação ou para as inscrições de interessados, número de reedições dos instrumentos convocatórios etc.), da exigência de indicação de número de vagas para cada cargo, dos custos máximos das "taxas" de inscrição e respectivas hipóteses de dispensa de pagamento, de formação das comissões de concurso, com esclarecimentos sobre as atribuições e impedimentos de seus membros, de regras sobre a terceirização dos serviços, das distinções entre provas eliminatórias e classificatórias, de sigilo e preservação das provas, de conteúdos programáticos mínimos, de limites de pontuação para títulos ou provas práticas, do prazo para impugnação do edital, de proteção às pessoas portadoras de necessidades especiais, dos exames de saúde ou de habilidades, de limites temporais para a conclusão do concurso e para as nomeações etc.[16]

O Chefe do Executivo,[17] em comunhão com o legislador local, deve ser incentivado a regular o tema, a partir de diplomas que possam cingir os concursos de maior eficiência e transparência, evitando que sirvam como meros expedientes formais de cumprimento da regra constitucional ou que, em prejuízo do interesse público e do interesse pessoal dos aprovados, sujeitem-se a excessivos questionamentos ou anulações administrativas ou judiciais.

O Ministério Público, no desempenho de sua atividade de *Ombudsman,* deve recomendar a adoção de medidas legislativas (ou aperfeiçoamento das existentes) que se destinem a salvaguardar o respeito pela Administração Pública, dos direitos dos administrados e dos princípios gerais da atividade administrativa[18]. A instituição conta, aliás, com legitimidade para tanto, conforme decorre de suas funções constitucionais e daquilo que expressamente consta de suas leis orgânicas[19].

IV. CONCLUSÕES

A abertura, organização e realização de concursos públicos são atos administrativos historicamente encarados como cobertos pelo manto da discricionariedade. Em contrapartida, há muito que a doutrina e a jurisprudência permitem e recomendam a sindicalização de tais atos. A liberdade administrativa somente pode vicejar nas fronteiras da Constituição e da lei, nos quadrantes traçados pela norma. Do administrador outra coisa não se espera senão o cumprimento da norma, fautriz de todo ato administrativo, daí porque "discricionariedade" não significa agir ante a ausência da lei. Nas palavras de André Gonçalves Pereira, mestre português, "o poder discricionário não resulta da ausência de regulamentação legal de certa matéria, mas sim de uma forma possível da sua regulamentação"[20].

---

[15] Sobre a diferenciação entre normas declarativas regulamentadoras, normas concretizadoras, normas restritivas e normas aditivas, especialmente no campo de direitos fundamentais, vide o ensinamento do mestre português Jorge Miranda (cf. Manual de Direito Constitucional, Lisboa: Coimbra Editora, 3. Ed., Tomo IV, p. 328-331).

[16] A norma legal teria função equivalente aos regulamentos dos concursos, produzidos no âmbito das instituições organizadas em carreiras jurídicas ou das resoluções produzidas, para semelhantes fins, pelo CNMP (Res. N. 14, de 06.11.2006 – Regras gerais regulamentares para o concurso de ingresso na carreira do MP) e pelo CNJ (Res. 81, de 09.06.2009 – tratando dos concursos para a outorga das delegações de notas e de registro; Res. 75, de 12.05.2009 – cuidando dos concursos públicos para ingresso na carreira da Magistratura, em todos os ramos do Poder Judiciário nacional).

[17] Não se pode perder de vista que há reserva de iniciativa quanto à lei que disponha sobre criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica, sobre o regime jurídico dos servidores públicos ou provimento de cargos (cf. art. 61, inc. II, "a" e "c", CF). Também a produção de norma regulamentar é atribuição privativa do Chefe do Executivo (cf. art. 84, inc. IV, CF).

[18] O tema foi bem desenvolvido pelo jurista lusitano Marcelo Rebelo de Sousa, discursando acerca do papel do Provedor de Justiça de Portugal (*Ombudsman*) e de sua legitimidade para colaborar na elaboração de atos legislativos, partindo da "investigação sistêmica" dos objetos sobre o qual incidem a sua atividade e do fato de ser, ele próprio, um "detector de reformas" (Sousa, Marcelo Rebelo de, *in* Discursos – Provedor de Justiça – 20 anos – Palácio São Bento - 30 de Novembro de 1995 - Lisboa: Provedoria de Justiça – Divisão de Documentação, 1995).

[19] A lei orgânica nacional do Ministério Público inclui entre os instrumentos da ação institucional do MPU, a competência para representar ao Congresso Nacional, visando ao exercício das competências deste ou de qualquer de suas Casas ou comissões (art. 6º, XVIII, aliena "b", da LC 75/2003). Providência de idêntico conteúdo pode ser utilizada em relação ao Chefe do Executivo. Respeitada a simetria, disposição semelhante ornamenta as funções do MPE, nas leis orgânicas estaduais. A lei orgânica do MP paulista, por exemplo, reza que no exercício de suas funções, o MP poderá "sugerir ao poder competente a edição de normas e a alteração da legislação em vigor" (art. 104, inc. VI, LCE 734/93).

[20] PEREIRA, André Gonçalves. Erro e ilegalidade do acto administrativo. Lisboa: Ática, 1962, p. 222.

Por conseguinte, mesmo quando se fala em ato discricionário, está-se cogitando que "a lei pretende que seja adotada em cada caso concreto unicamente a providência capaz de atender com precisão à finalidade que a inspirou. É preciso que o agente possa proceder à eleição da medida idônea para atingir de modo perfeito o objetivo da regra aplicanda"[21].

É de se concluir, pois, que não cabe ao Ministério Público, guardião da ordem jurídica, assistir passivamente a instauração e realização de concursos públicos que não atendam às finalidades constitucionais que plasmaram a regra de sua obrigatoriedade. Abre-se-lhe a possibilidade de questionar, intervir, fiscalizar preventiva e repressivamente esses certames desde o instante em que o poder público exterioriza a intenção de promovê-lo. Nesta seara, deve exigir que a abertura de novos concursos no período de validade de similares anteriores, para as mesmas vagas, seja minudentemente motivada, mormente quando os cargos, empregos ou funções que foram alvos da primeira seleção permaneçam vagos ou estejam providos por força de contratações precárias ou irregulares.

Tratando-se de certames inéditos, incumbe ao *Parquet* acompanhar os atos que precedem a abertura do concurso (como a terceirização de sua operacionalidade), zelar pela regularidade dos editais, de suas cláusulas, da universalidade do seu alcance e de sua integral publicidade, da realização das provas e dos resultados e do cumprimento da finalidade e da utilidade de todo o certame. Não é demais relembrar que os atos que cercam a organização e realização de um concurso público podem ensejar atos de improbidade administrativa nas suas diversas formas e, de modo particular, podem constituir atentados a princípio da Administração Pública[22].

Também não pode o membro do MP se furtar em colaborar para o aperfeiçoamento das regras que forjam a aplicação do comando constitucional, recomendando a regulamentação das normas gerais dos concursos públicos promovidos pelos órgãos administrativos existentes nas comunidades destinatárias de seus serviços.

V. PROPOSIÇÕES

1. O Ministério Público, a quem incumbe a defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais, tem o dever de zelar pelo cumprimento da regra constitucional de obrigatoriedade do concurso público, adotando medidas preventivas e repressivas que garantam a sua plena eficácia.

2. A atuação preventiva deve iniciar com o acompanhamento e fiscalização do procedimento administrativo de delegação ou contratação de pessoas físicas ou jurídicas que se incumbam de organizar e executar os certames. Especial atenção devem merecer os casos de dispensa de licitação. Em qualquer hipótese, há que ser investigada a qualificação técnica e profissional de tais pessoas, bem como a formação de seus quadros societários.

3. Ainda no âmbito da atuação preventiva, incumbe ao Ministério Público verificar cuidadosamente o teor dos editais de concurso, atentando-se para as exigências que denotem direcionamentos ou preferências, que contenham restrições desarrazoadas ao universo de participantes ou qualquer artifício que frustre as finalidades do ato. Cabe-lhe atentar, ainda, para a publicidade deficiente ou insuficiente do certame, bem como para a exiguidade dos prazos de inscrição.

4. O Ministério Público deve combater a abertura de concursos públicos que, de forma desmotivada, não revelem o número de vagas disponíveis lançadas à disputa, sejam voltados exclusivamente à formação de "cadastros de reserva" ou que visem à seleção de candidatos para cargos inexistentes no momento da publicação do edital.

5. O Ministério Público deve exigir que o Poder Público aponte, com total transparência e sob pena da adoção de medidas judiciais, os motivos que o levam a instalar novo concurso público na vigência de concurso anterior para os mesmos cargos, empregos ou funções, e que conte com número suficiente de pessoas aprovadas, à espera de nomeação.

6. É medida salutar a expedição de recomendação do Ministério Público, notadamente ao Chefe do Executivo, para a regulamentação legislativa dos concursos públicos, no nível local, de modo a estabelecer regras objetivas e gerais para a abertura, publicidade e execução dos certames, bem como para a nomeação dos aprovados. No mesmo sentido, pode incentivar, nos diversos níveis, a formação de bases integradas de dados dos servidores públicos, ativos e inativos, de forma a permitir a fiscalização das regras constitucionais impeditivas de acumulação de cargos, vencimentos e proventos.

Referências bibliográficas

MAZZILLI, Hugo Nigro. Voto no inquérito civil nº 03.555/94–CSMP, oriundo de Bragança Paulista-SP.

MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de, Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Malheiros Editores, 15. ed., 2002.

[21] Idem, nota anterior.

[22] Dispõe o art. 11, da lei 8.429/92: "Constituiu ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: ... V – frustrar a licitude de concurso público".

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, Curso de Direito Constitucional, São Paulo: Ed. Saraiva, 2007, p. 788.

MIRANDA, Jorge, Manual de Direito Constitucional, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, Tomo IV (3. ed.).

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional, São Paulo: Átlas, 21ª Ed., 2007.

PEREIRA, André Gonçalves. Erro e ilegalidade do acto administrativo. Lisboa: Ática, 1962.

SOUSA, Marcelo Rebelo de, *in* Discursos – Provedor de Justiça – 20 anos – Palácio São Bento - 30 de Novembro de 1995 - Lisboa: Provedoria de Justiça – Divisão de Documentação, 1995.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - RE nº 310.884/RS; RMS nº 14.624/RS, DJ de 15/08/2005.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - RMS 25.957/MS – Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - **RE 227480/RJ - Relator Min. MENEZES DIREITO - Relator(a) p/ Acórdão: Min. CÁRMEN LÚCIA – j. 16/09/2008 - Órgão Julgador: Primeira Turma – Publicação:** DJe-157 – 21.08.2009 – Ement Vol-02370-06, p. 01116.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO - 11ª Câmara de Direito Público – Agr. 839.143-5-3, Rel. Des. Ricardo Dip, j. 06.04.2009.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO - Ag. 839.143-5-3 -TJSP - 1 – 1ª C.D. Público. - Voto RHMD 19.654 -3.

051

INTERPRETAÇÃO DO VOCÁBULO DESVIO PREVISTO NA CABEÇA DO ARTIGO 10 DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Ivaldo Lemos Júnior, Carlos Alberto Cantarutti, Vetuval Martins Vasconcelos e Karina Soares Rocha

Membros do MPDFT

Ementa: o desvio previsto no art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa nada mais é do que uma expressão do antigo *desvio de finalidade* do direito administrativo, também definido por Hely Lopes como a "violação ideológica da lei", em razão do distanciamento entre os fins queridos pelo legislador e os meios utilizados pelo administrador.

Justificativa

A presente tese é fruto de dificuldades que surgiram na administração de determinadas ações civis por ato de improbidade administrativa, ajuizadas pelo MPDFT junto à Justiça local. De modo especial, o que objetivo é discutir o mais adequado entendimento da palavra "desvio", assim previsto na cabeça do art. 10 da Lei Federal n° 8.429/92, *verbis*:

> 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. 1° desta lei, e notadamente: (...)

O artigo de lei ora em estudo exige uma ação/omissão, dolosa/culposa, que enseje um de cinco resultados relativos a bens ou haveres públicos:

1 – perda patrimonial;
2 – desvio;
3 – apropriação;
4 – malbaratamento;
5 – dilapidação.

Por uma questão de hermenêutica elementar, essas cinco expressões não são sinônimas, mas significam cinco coisas diferentes. Não é de boa técnica legislativa e muito menos interpretativa que se extraiam sentidos iguais de vocábulos distintos, especialmente quando se tratam de tipos legais repressivos. Nesse sentido, a lição clássica de Carlos Maximiliano (1951:304):

> A verdade é que sempre se deve atribuir a cada uma [palavra] a sua razão de ser, o seu papel, o seu significado, a sua contribuição para precisar o alcance da regra positiva. (...) Dá-se valor a todos os vocábulos e, principalmente, a todas as frases, para achar o verdadeiro sentido de um texto; porque êste deve ser entendido de modo que tenham efeito todas as suas provisões, nenhuma parte resulte inoperativa ou supérflua, nula ou sem significação alguma.

Os sentidos para essas expressões podem ser da seguinte maneira traduzidos, sem maiores dificuldades:

1 – perda patrimonial: perdimento, extravio ou decréscimo de bens móveis ou imóveis de propriedade pública;

2 – apropriação: subtração para proveito pessoal, si próprio ou outrem;

3 – malbaratamento: pagamento a mais, podendo-se baratear, ou seja, podendo-se negociar e obter melhores preços ou condições objetivamente mais vantajosas;

4 – dilapidação: o mesmo que perda patrimonial, só que em uma escala maior, de bens em um volume mais elevado.

Mas o que seria ***desvio***?

É a presente rotina [tese] para demonstrar que desvio não significa apropriação, subtração ou apossamento para o próprio proveito ou o proveito de quem quer que seja. Em outras palavras, *desviar* não é o mesmo que *apropriar, subtrair, furtar*. Não são sinônimos nem poderiam ser.

Para que fique caracterizado o *desvio* do art. 10 da LIA, não é necessário que o agente público embolse ou tome para si (ou para outrem) bens pertencentes ao patrimônio público. Basta que pratique atos que se afastem dos caminhos regulares que o direito administrativo coloca à sua disposição.

Todas as vezes que o agente público se desviar (se afastar, se distanciar) do caminho do direito, estará caracterizada lesão ao erário. Os cofres se ferem sempre que utilizado de modo inadequado, ou seja, *desviado* – simplesmente porque o agente público não deveria tê-lo feito do modo como o fez, e sim se valido do patrimônio público da maneira juridicamente correta. Afinal, o agente não passa do guardião, senão o depositário de bens e haveres que não são seus. Os bens não lhe pertencem, mas lhe são confiados com a seguinte admoestação de Hely Lopes Meirelles (1999:209): "ao administrador não é lícito renunciar, *sem justificativa*, aos direitos do Estado" (itálico original).

Isso se confirma quando conjugamos o *caput* do art. 10 com seus incisos. Por exemplo, o VIII fala em "frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente". Ora, a frustração da licitação ou a dispensa indevida são hipóteses que, por si sós, caracterizam *lesão ao erário*, porque este foi manejado irregularmente – já que o regime regular é o de licitação ou de dispensa a título de exceção, sempre devidamente justificada. Qualquer centavo pago nesse contexto implica *lesão ao erário*.

O uso mais conhecido da palavra *desvio* se dá em expressões como *desvio de um rio*, *desvio de uma estrada*, *desvio da coluna vertebral*. Em princípio, o desvio não mata o rio, não deixa a rua sem saída, não impede que a coluna sustente o corpo. Todos prosseguem em suas funções – mas o desvio traz algo de artificial ou, por vezes, irregular.

Com *desvio do patrimônio público* não é diferente.

É de todo inadequado se defender que, do ponto de vista estritamente financeiro, não houve prejuízo para os cofres públicos, por ex., porque a dispensa foi indevida mas vantajosa. Se fosse assim, todo um sistema de direito público, constitucional e administrativo, seria eliminado ao bel-prazer do administrador, desde que este demonstrasse que as contas se beneficiaram com números mais interessantes. A economia subordinaria por completo o direito. A Administração Pública estaria regida apenas pela lógica utilitária dos números, não pela ética da norma.

O ordenamento não dá essa liberdade ao administrador: licite ou dispense se quiser; decida por conta própria entre contratar ou abrir concurso – tudo será lícito desde que as finanças tragam números melhores para a contabilidade como resultado final. Não: essas opções fundamentais não brotam do alvitre do agente público, mas da Constituição e das leis.

O administrador só pode sair do caminho normal e pegar desvios se a rota alternativa for também prevista em lei, nunca por uma decisão criativa sua.

É claro que tantas vezes a licitação é o caminho mais tormentoso para a Administração: mais demorado, mais trabalhoso e, eventualmente, até mais custoso. Não é nada impossível que se chegue aos mesmos resultados, ou até a outros melhores, por outras vias. Mas a Constituição não quis correr o risco de atribuir tamanha discricionariedade a seus agentes, e preferiu abraçar a segurança que (ao menos em tese) a licitação traz: isonomia, imparcialidade, julgamento objetivo, formalidade, dentre outros. Esses princípios são, efetivamente, caros, como todos os grandes valores.

Do mesmo modo, é muito mais cômodo para os governos nomear servidores em comissão, podendo exonerá-los a qualquer momento e sem motivo declarado (pelo que os mantém como eleitores de imenso potencial, em razão do interesse em continuarem em seus cargos), em vez de conferir estabilidade a pessoal concursado, sobre o qual o governante exerce muito menos controle. Mas a Constituição não permitiu que os agentes pudessem optar livremente entre uma e outra alternativa: comissionados, além de sofrerem limitação em número, não podem exercer funções ordinárias, mas apenas de direção, chefia ou assessoramento superior.

Não é exagero afirmar que, de certo modo, o direito administrativo existe exatamente para **atrapalhar** as intenções mais privadas dos governantes, porque isso se contrapõe aos regimes não-constitucionais, em que a vontade do príncipe tinha força de lei. Dentro de sistemas constitucionais e, em especial, democráticos, a lei molda a conduta do poder público, dentro do qual, e somente assim, os agentes podem exercer seus legítimos juízos de oportunidade e conveniência.

Não é por outra razão que o art. 89 da Lei Federal nº. 8.666/93 não reclama prejuízo patrimonial para os casos ilegais de dispensa ou inexigibilidade de licitação, e esse entendimento encontra o respaldo da jurisprudência mais

recente – e mais lúcida – do STJ (cf. HC 94.720/PE, Rel. Min. Felix Fischer, com precedentes e doutrina). Do contrário, bastaria que o administrador demonstrasse que a sua não-licitação de algum modo favoreceu o serviço público, e nesse contexto entrariam aspectos os mais criativos, como, por ex., a economia de tempo! Sem dúvida que um certame como concorrência é algo de demorado e cheio de revezes, inconveniente para as pressas que vêm do terreno político...

Vamos agora fazer uma reflexão semântica sobre a palavra "desvio", no que vem nos auxiliar os bons dicionaristas da língua portuguesa. Vejamos o verbete em Houaiss:

> **des.vi.o**
> *sm* (*der* regressiva de *desviar*) **1** Ação ou efeito de desviar. **2** Mudança de direção. **3** Rodeio, sinuosidade, volta de um caminho, rio etc. **4** No caminho de ferro, linha secundária, ligada à linha geral, para abrigar ou depositar veículos etc. **5** Sítio ermo e isolado. **6** Perda do caminho; caminho errado; caminho afastado. **7** Culpa, falta. **8** Destino ou aplicação errada, indevida. **9** Subtração fraudulenta; apropriação indébita. **10** Descaminho, sumiço. **11** Afastamento do padrão ou uso normal. **12** Deflexão da agulha da bússola, causada por influências magnéticas, dentro do navio ou avião nos quais esta é instalada. **13** *Med* Direção ou colocação viciosa de órgão. **14** *Oftalm* Afastamento dos eixos visuais do alinhamento, devido a desequilíbrio muscular. **15** *gír* Vadiagem. *D. conjugado:* deflexão de duas partes ou órgãos iguais ou semelhantes, tais como os olhos, na mesma direção, ao mesmo tempo. *D. médio:* média dos valores absolutos das variações de uma medida ou tendência centrais em uma distribuição estatística. *D.-padrão, Estat:* raiz quadrada da média aritmética dos quadros dos desvios da média; também chamado *desvio quadrático médio. Pl: desvios- padrão*

Das definições dadas, as de número 1, 2, 3, 8 e 11 se aplicam como uma luva à tese ora proposta. Vamos a Aurélio Buarque de Holanda Ferreira:

> [Part. de desviar.] S. m 1. Ato ou efeito de desviar(-se). 2. Afastamento da direção ou da posição normal: *desvio* do curso de um rio; *desvio* da coluna vertebral. 3. Volta, sinuosidade, curva: O carro derrapou num *desvio* da estrada. 4. Ponto que se afasta do caminho principal; desvio; desvão, recanto: A chácara está situada num *desvio* difícil de achar. 5. Desaparecimento, sumiço: *desvio* de documentos comprometedores. 6. Subtração fraudulenta, roubo: *desvio* de dinheiro, *desvio* de mercadorias. 7. Afastamento de uma linha (de conduta, de regras, etc.), tomada como base: *desvio* moral, *desvio* de doutrina. 8. Falha, erro: *desvio* de cálculo. 9. Concussão (3). 10. Linha secundária das ferrovias, ligada à principal, e destinada a servir de abrigo ou de depósito de vagões, a dar passagem a outros carros, etc.

Novamente encontramos excelentes opções, especialmente as de números 1, 2, 3, 4 e 7.
Editora Abril Cultural:

> *sm* Inclinação; afastamento; mudança de direção; rodeio; sumiço; volta; desvão; falta; culpa; alcance; concussão; linha secundária, ligada à geral, nas linhas de ferro, e destinada a abrigar e depositar veículos; *estar no* – (pop.): *estar* desempregado

Aqui, mais uma vez, surgem várias boas possibilidades que respaldam a presente tese: inclinação; afastamento; mudança de direção; rodeio; volta.

É claro que não basta consultar os dicionários para se extrair o melhor significado de um texto de lei. É preciso mergulhar mais a fundo no próprio ordenamento jurídico para uma investigação sistemática.

Nesse caso, nada melhor do que irmos ao Código Penal, que fala em *desvio* em seis ocasiões. Vejamos cada qual.

> **Fraude à execução.** Art. 179 - Fraudar execução, alienando, **desviando**, destruindo ou danificando bens, ou simulando dívidas:

Este crime cuida de devedor que procura escapar da ação da Justiça, evitando que seus bens sejam excutidos. Uma das formas de fazê-lo é *desviando* seus bens e, nesse caso, é evidente que o devedor não pode embolsar algo que já é seu. O que ele pretende, muito pelo contrário, é escamotear o que é seu a fim de mantê-lo, como explica Nelson Hungria (1980:298): "quanto ao desvio de bens, é todo ato que importa a sua sonegação à penhora, como, por exemplo, a sua ocultação, a sua remessa para o estrangeiro etc.".

> **Correspondência comercial.** Art. 152 - Abusar da condição de sócio ou empregado de estabelecimento comercial ou industrial para, no todo ou em parte, **desviar**, sonegar, subtrair ou suprimir correspondência, ou revelar a estranho seu conteúdo:

Aqui, o delito consiste em não permitir que a correspondência comercial chegue a seu real destinatário, por várias formas, sonegação, subtração, supressão e – a que nos interessa – desvio.

De acordo com Celso Delmanto (2002:331), desviar é "desencaminhar". Para G. de Souza Nucci (2003:504), é "afastar a correspondência do seu destino original" ("se ela se destinava à empresa X, o agente faz com que ela chegue à empresa Y"), o que é rigorosamente o mesmo que "desencaminhar".

Desencaminhar é bem diferente de tomar a correspondência para si, hipótese que muito mais se aproxima do verbo "subtrair".

> **Moeda Falsa.** Art. 289 - Falsificar, fabricando-a ou alterando-a, moeda metálica ou papel-moeda de curso legal no país ou no estrangeiro:
> § 4º - Nas mesmas penas incorre quem **desvia** e faz circular moeda, cuja circulação não estava ainda autorizada.

O crime previsto no parágrafo 4º. consiste na situação (um tanto rara) de moeda cuja circulação ainda não estava autorizada, mas que o agente a desvia ou a coloca em circulação.

Esse desvio não requer apropriação para si, mas uma mera "mudança de direção" ou até mesmo o seu oposto – "o afastamento de determinado ponto", na lição de Nucci.

Em um tipo bem mais conhecido do Código Penal, previsto no art. 312, há a explícita distinção entre peculato-apropriação e peculato-desvio. No primeiro caso, o funcionário, em razão do cargo, se apossa do que não é seu e, no segundo caso, ele não o faz, mas altera o seu destino, o desencaminha – o que pode fazer ainda que movido por eventuais boas intenções. Nucci faz um comentário definitivo a esse respeito:

> funcionário que recebe dinheiro ou outro valor de particular e aplica na própria repartição: comete peculato-desvio, pois o valor foi destinado ao Estado, não sendo da esfera de atribuição do funcionário, sem autorização legal, aplicá-lo na repartição, ainda que para a melhoria do serviço público" (ob. cit., p. 855; sublinhado nosso).

O Código Penal fala em outras duas oportunidades em desvio (artigos 161, p. 1º., e 316 p. 2º), nesses casos, sim, exigindo o proveito pessoal que o agente possa tirar. Mas não há incômodos nem sobressaltos hermenêuticos, porque constam expressamente de ambos os tipos objetivos a partícula "em proveito próprio ou de outrem".

Portanto, o "desvio para si" significa ou se aproxima de "apropriação" de modo indistinguível. Mas o "desvio" puro e simples não passa de ação afastada do caminho legal.

Encontramos no ordenamento até mesmo uma espécie de desvio involuntário, que é o das águas do rio que passam se a incorporar o patrimônio do dono do terreno marginal. Trata-se da figura do aluvião (Código Civil, art. 1.250), igualmente prevista no Código anterior (art. 538) e que tem origem no direito romano.

Em conclusão, o desvio previsto no art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa nada mais é uma expressão do antigo desvio de finalidade do direito administrativo, também definido por Hely Lopes (1991:92) como a "violação ideológica da lei", em razão do distanciamento entre os fins queridos pelo legislador e os utilizados pelo administrador.

Fontes bibliográficas:

DELMANTO, Celso *et alii*. **Código Penal comentado**. 6 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. 7.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito", 5 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1951.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 16 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

_____. **Licitação e contrato administrativo**, 12 ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 3 ed., atual. ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

052

A RELIGIÃO ENTRE A PESSOA HUMANA E O ESTADO DE DIREITO: DIRETRIZES PARA A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Emerson Garcia

Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Sumário: 1. Delimitação da tese. 2. Liberdade de consciência e de crença. 2.1. A proteção da liberdade de crença e convicção. 2.2. Liberdade de crença e tratamento médico. 2.3. Objeção de consciência ao serviço militar. 3. As relações entre Estado e religião. 3.1. Liberdade de crença e laicidade do Estado. 3.2. A imunidade tributária dos templos de qualquer culto. 3.3. O ensino religioso nas escolas públicas. 3.4. A assistência religiosa nas entidades de internação coletiva. Conclusões.

Síntese dogmática: A garantia da liberdade de crença e o caráter laico do Estado brasileiro tornam imperativo que as manifestações religiosas sejam balanceadas pelos referenciais de pluralismo, igualdade e tolerância, o que assegura a sua coexistência, a ausência de posições de preeminência perante a ordem jurídica e a garantia de que todas as manifestações podem se expandir livremente, sem qualquer censura. A liberdade religiosa, em decorrência de suas características intrínsecas, alcança tanto o direito de ter uma crença, como o de não ter crença alguma, bem como o direito de emitir opinião crítica sobre qualquer religião; não pode, no entanto, face à existência de outros interesses de estatura constitucional, comprometer a vida e a saúde daqueles que não tenham capacidade para externar livremente a sua vontade. O caráter laico do Estado não chega ao extremo de desconsiderar a identidade cultural e as tradições da sociedade, o que autoriza a utilização de símbolos, como o crucifixo, ou a utilização do nome de Deus em documentos oficiais, como o papel moeda, situação que deve perdurar enquanto não difundido um sentimento de discriminação no âmbito das demais religiões. A laicidade do Estado não impede as manifestações religiosas, individuais e silenciosas, de agentes públicos (v.g.: utilização de crucifixos, turbantes etc.), mesmo no exercício da função pública, isto enquanto tais manifestações não sejam vistas como a postura oficial do Poder Público, o que comprometeria o seu já referido caráter laico. A laicidade do Estado também aconselha que o ensino religioso, nas escolas públicas, prestigie a abordagem histórica, sem proselitismos, bem como que a assistência religiosa, nos estabelecimentos de internação coletiva, preserve a igualdade das distintas religiões existentes, não se mostrando compatível, com a ordem constitucional, a contratação, pelo Poder Público, de religiosos a serem incumbidos dessa atividade.

1. Delimitação da tese

A evolução da humanidade tem demonstrado que o pleno desenvolvimento da personalidade individual e a harmônica convivência social, longe de estarem alicerçados num padrão de pura juridicidade, são diretamente influenciados por referenciais de moralidade e de espiritualidade.

Não obstante a universalidade que ostenta, a idéia de moral assume contornos eminentemente voláteis, apresentando conteúdo compatível com a época, o local e os mentores de sua densificação. É conceito mais fácil de ser sentido que propriamente definido, o que não afasta a constatação de que, na sociedade, são formulados

conceitos abstratos, que condensam, de forma sintética, a experiência auferida com a convivência social, terminando por estabelecer concepções dotadas de certa estabilidade e com ampla aceitação entre todos, o que contribui para a manutenção do bem-estar geral. É justamente a moral que aglutina tais concepções, podendo ser concebida como o conjunto de valores comuns entre os membros da coletividade em determinada época, ou, sob uma ótica restritiva, o manancial de valores que informam o atuar do indivíduo, estabelecendo os seus deveres para consigo e a sua própria consciência sobre o bem e o mal. No primeiro caso, conforme a distinção realizada pelo filósofo Bergson,[1] tem-se o que se convencionou chamar de moral fechada, e, no segundo, a moral aberta.[2]

A espiritualidade, diversamente da moralidade, não reflete a mera aceitação de *standards* de bem comum, colhidos no ambiente social ou desenvolvidos a partir do livro juízo valorativo que cada indivíduo dotado de plena capacidade intelectiva pode realizar.[3] A espiritualidade, em verdade, encontra-se alicerçada em referenciais superiores, que agem na formação dos *standards* que direcionarão o pensar e o agir da pessoa humana, sendo por ela apreendidos, não propriamente criados. Esses *standards*, por sua vez, que têm reconhecida a sua imperatividade, importância ou mero valor a partir de um estado mental baseado na fé, vale dizer, na crença de sua infalibilidade e correção, apresentam inúmeras variações. O pluralismo conduz à necessidade de separação e individualização, de modo que cada conjunto de *standards* possa ser agrupado sob um designativo específico, permitindo o seu reconhecimento e, para aqueles que assim o desejem, o seu acolhimento. É nesse contexto que surgem e se propagam as religiões, que se desenvolvem à margem da razão, no plano da espiritualidade, e encontram sustentação na fé.

Questões de índole religiosa costumam ser foco de incontáveis polêmicas em qualquer Estado de Direito e, no Brasil, não poderia ser diferente. A religião, ao ser vista com as lentas da juridicidade, assume feições bipolares: deve ser analisada tanto sob o prisma da pessoa humana, como sob a ótica do Estado. É justamente essa análise que permitirá seja aferido se há algum limite para a manifestação da fé individual e de que modo o Estado deve lidar com a laicidade que tem prevalecido na modernidade, com o pluralismo religioso e com a proteção dos direitos individuais.

Na medida em que o Ministério Público brasileiro, por imposição constitucional, foi incumbido da "*defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*" (CR/1988, art. 127, *caput*),[4] faz-se necessário identificar a essência do fenômeno religioso no plano da juridicidade e estabelecer os balizamentos que nortearão a atividade da Instituição ao se deparar com questões dessa natureza.

2. Liberdade de consciência e de crença

A Constituição brasileira de 1988, preservando a tradição republicana[5] e mantendo-se fiel aos valores acolhidos pela sociedade internacional[6] e pela maioria dos Estados modernos,[7] dispôs, no inciso VI de seu art. 5º, que "*é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias.*"

Como projeção da racionalidade do ser humano, a liberdade de consciência lhe assegura o pleno juízo valorativo a respeito de sua existência e do mundo em que inserido. O indivíduo estabelece os seus próprios critérios de "bom" ou "ruim" e orienta as suas decisões de acordo com eles,[8] tendo a dignidade afirmada com o reconhecimento de sua capacidade em formular juízos morais sobre suas ações e de direcionar a sua conduta de acordo com esses juízos.[9]

---

[1] *The Two Sources of Morality and Religion*, trad. de R. Ashley Audra and Cloudsley Brereton, com o auxílio de W. Horsfall Carter, Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1977, p. 34 e ss..

[2] Cf. GARCIA, Emerson. A Moralidade Administrativa e sua Densificação, *in* Revista de Informação Legislativa do Senado Federal nº 155/153, 2002.

[3] É a moral crítica a que se referia Hart [O Conceito de Direito (*The Concept of Law*), trad. de A. Ribeiro Mendes, 3ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 201.

[4] Cf. GARCIA, Emerson. Ministério Público. Organização, Atribuições e Regime Jurídico, 3ª ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 48.

[5] Constituições de 1891 (art. 72, § 3º); 1934 (art. 113, nº 5); 1937 (art. 122, nº 4); 1946 (art. 141, § 7º); 1967 (art. 150, § 5º); e Emenda Constitucional nº 1/1969 (art. 153, § 5º). No Império, face à adoção de uma religião oficial, a católica apostólica romana, eram impostas restrições à manifestação pública de outras crenças: Constituição de 1824, arts. 5º e 179, nº 5.

[6] Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica, adotada em 22/11/1969 e promulgada pelo Decreto nº 678/1992 (arts. 5º, 1; e 12, 1); Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1948 (art. 18); e Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, adotado em 16/12/1966 e promulgada pelo Decreto nº 592/1992 (arts. 18, 1; e 27).

[7] Vide Primeira Emenda à Constituição norte-americana de 1787, adotada em 1791; e Constituições alemã de 1949 (art. 4º); andorrana de 1993 (art. 11, 1 e parágrafo único); argentina de 1853 (art. 14); belga de 1994 (arts. 19; e 20); cubana de 1976 (art. 54); espanhola de 1978 (arts. 16 e 20 (1, d)); francesa de 1958 (preâmbulo, art. 2º); holandesa de 1983 (art. 6º, 2); italiana de 1947 (arts. 8º, 19 e 20); japonesa de 1946 (art. 20); portuguesa de 1976 (art. 41); russa de 1993 (arts. 14, 2; 28; e 29, 2); suíça de 1874 (art. 49) e de 1999 (arts. 8º, 2; 15; e 72); e turca de 1982 (art. 15, 2); Declaração de Direitos da Virgínia (EUA) de 1776 (Seção 16); Declaração *Dignitatis Humanae* sobre Liberdade Religiosa, do Concílio Vaticano II, de 1965; Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (França) de 1789 (art. 10).

[8] STARCK,Christian e SCHIMIDT, Thorsten Ingo. *Staatsrecht*, 2ª ed., München: Verlag C.H. Beck München, 2008, p. 158.

[9] FAVRE, Antoine. *Droit Constitutionnel Suisse*, 2ª ed., Fribourg: Éditions Universitaires Fribourg, 1970, p. 279.

Em relação ao alcance da liberdade de consciência e à sua necessária coexistência com os demais valores protegidos pela ordem jurídica, o Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*)[10] teve oportunidade de apreciar o seguinte caso: numa área, vizinha à propriedade de um indivíduo protetor dos animais, eram regularmente organizadas caçadas, o que lhe obrigava a, constantemente, ver os animais mortos, afrontando, assim, os valores que vinha seguindo durante toda a sua vida. Entendendo violada a sua liberdade de consciência (*Gewissensfreiheit*), pleiteou a paralisação das atividades. O Tribunal, no entanto, não visualizou qualquer ofensa a esse direito fundamental, isto porque o protetor dos animais não era obrigado a tomar parte nas caçadas, elas não se desenvolviam em sua propriedade e, além disso, eram igualmente protegidas pela ordem jurídica, o que assegurava aos caçadores o direito de caçar.

A liberdade de crença, por sua vez, é contextualizada no plano da fé, que pode ser livremente escolhida e professada, sem qualquer interferência do Estado ou de outros particulares. Como limite, tem-se a necessidade de resguardar a ordem pública e assegurar igual liberdade aos demais componentes do grupamento, que não podem ser compelidos a violentar a sua consciência e a professar fé alheia. A preocupação com a preservação da ordem pública, aliás, remonta à célebre Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (art. 10).[11] A liberdade de crença pode ser concebida como a face intrínseca da liberdade religiosa, afeta à intimidade do ser humano, enquanto a liberdade de culto é a sua face extrínseca, momento em que ocorre a exteriorização da fé.

A respeito da liberdade religiosa, também assegurada pela Primeira Emenda à Constituição norte-americana, o *Justice* William Douglas[12] (1966: 91-92) nela visualizava as seguintes facetas: nenhuma autoridade sectária deve ser investida do poder do governo; o governo não tem influência direta nos assuntos de nenhuma igreja; os cidadãos não são taxados por auxiliarem uma instituição religiosa e nenhuma igreja deve receber recursos públicos; as pessoas podem pertencer à igreja que desejarem, ou a nenhuma, e ninguém pode ser obrigado a participar de cerimônias religiosas, como o casamento; nas disputas internas entre seguimentos da igreja, os juízes devem observar sua disciplina interna; escolas públicas não são agências de ensino religioso, não havendo razão para que o Estado não ajuste os horários das escolas de modo que os estudantes obtenham tal ensino em outro lugar; pais e crianças tem o direito de frequentar escolas privadas religiosas; o exercício de um ritual não pode ser imposto, pelo Estado, ao indivíduo, se isto caminha contra as suas convicções religiosas; a liberdade religiosa engloba os métodos convencionais e os ortodoxos, como o de distribuir literatura religiosa de porta em porta; o funcionamento de uma igreja não deve ser condicionado à concessão de licença ou ao pagamento de taxas ao Estado; a liberdade religiosas deve alcançar tanto aqueles que fundam sua crença num ser supremo, como aqueles que a buscam na ética e na moral; o que pode configurar prática pagã para uma pessoa pode ser religiosa para outra, não sendo função do Estado realizar aferições dessa natureza, inclusive para fins punitivos.

A liberdade religiosa, em suas distintas formas de manifestação, sempre estará lastreada no ideal de tolerância, que antecede e dá sustentação à sua juridicidade. Essa constatação torna-se particularmente clara ao verificarmos a falibilidade humana na formação e na identificação da verdade, de todo acentuada em questões de estrita racionalidade, impossível de ser alcançada em relação ao que ultrapassa os liames da razão, como a fé e os distintos modos de manifestá-la.[13]

As liberdades de crença e de culto também trazem consigo um aspecto negativo ou, melhor dizendo, neutral, ínsito e indissociável de qualquer direito fundamental, que consiste justamente na possibilidade de não exercê-lo. A pessoa é livre para ter ou não uma crença, realizar ou não um culto. Nesse sentido, a Constituição andorrana de 1993 (art. 11, 1) tornou expresso o que nela já estaria ínsito, vale dizer, "*a Constituição garante a liberdade de pensamento, de religião e de culto, e o direito de toda pessoa de não declarar ou manifestar seu pensamento, sua religião ou suas crenças*".

Deve-se observar, ainda, que nem tudo aquilo que emana de um religioso ou de uma instituição religiosa deve ser indistintamente enquadrado sob a epígrafe da liberdade de crença ou do livre exercício dos cultos religiosos. Nesse sentido, pode-se mencionar o exemplo de uma igreja que faça soar seus sinos, por poucos segundos, a cada hora completa e, aos domingos, no início do culto religioso, por cinco minutos: enquanto a segunda conduta está nitidamente associada à liberdade de crença e culto, a primeira deles se distancia e se enquadra na cláusula geral de liberdade,[14] cujo potencial expansivo somente é limitado pela necessidade de resguardar os direitos alheios e de assegurar a integridade da ordem jurídica.[15] A lei, em qualquer caso, deve assegurar "*a proteção aos locais de culto*

---

[10] 1 *BvR* 2084/2005, j. em 13/12/2006, *in Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2007, p. 808.

[11] A Declaração "*Dignitatis Humanae*", do Concílio Vaticano II, dispôs que a liberdade religiosa é um direito civil de todos os seres humanos, o que lhes assegura "*estarem imunes de coerção tanto por parte de pessoas particulares, como de grupos sociais e de qualquer autoridade humana*" (nº 1); acrescendo-se que, "*em matéria religiosa, nem se obriga alguém a obrar contra sua consciência, nem se impede que atue em conformidade com ela, em ambiente privado ou público, só ou associado com outros, dentro dos limites devidos*" (nº 2).

[12] DOUGLAS, William O.. *The Right of the People*, 4ª imp., New York: Pyramid Books, 1966, p. 91-92.

[13] Cf. VERA URBANO, Francisco P.. *La Libertad Religiosa como Derecho da la Persona*, Madrid: Instituto de Estudios Politicos, 1971, p. 22-23.

[14] Constituição brasileira de 1988, art. 5º, II.

[15] STARCK e SCHMIDT. *Staatsrecht*..., p. 159.

e a suas liturgias" (CR/1988, art. 5º, VI), evitando seja afetada a integridade das instalações religiosas ou comprometida a transmissão dos dogmas que justificam a sua existência.

A correta compreensão da inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença ainda exige seja devidamente delimitado o seu objeto. Em outras palavras, alcança apenas a manifestação de fé e religiosidade ou também se projeta sobre as manifestações negativas a respeito do fenômeno religioso? É possível difundir os aspectos negativos das religiões e a crença de que o melhor é não ter crença alguma? Num Estado pluralista e de acentuados contornos liberais, como sói ser a República Federativa do Brasil, a resposta positiva há de prevalecer. Uma verdadeira liberdade religiosa somente poderá existir em estando presente a plena liberdade individual para adotar uma opção em matéria de fé; e isto somente será possível caso a pessoa receba todas as informações necessárias à formação do seu juízo de valor, o que, à evidência, pressupõe seja reconhecido o direito de alguém transmitir tanto as opiniões favoráveis, como as desfavoráveis, a respeito de uma religião.[16] O autor das críticas, no entanto, deve arcar com todas as consequências decorrentes do excesso de linguagem ou do vilipêndio de símbolos ou dogmas alheios, já que ultrapassam os limites do livre exercício do seu direito individual.

É importante observar que tanto a liberdade de consciência, como a de crença, podem permanecer adstritas ao denominado *forum internum*, vale dizer, ao plano puramente psíquico, ou estender-se ao *forum externum*, ocasião em que são exteriorizadas e entram em efetivo contato com a realidade. É justamente sob essa última ótica que a sua proteção jurídica adquire relevância prática.[17]

2.1. A proteção da liberdade de crença e convicção

Como projeção direta de sua personalidade, toda pessoa humana desenvolve juízos valorativos que expressam sua forma de ver, situar-se e interagir no meio social, fatores estes que a individualizam enquanto ser racional e que merecem a proteção do Estado. A Constituição brasileira de 1988, como desdobramento necessário do pluralismo e da dignidade humana, que reconhece e protege, obsta que alguém tenha a sua esfera jurídica restringida tão-somente por "*motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política*" (art. 5º, VIII).[18] Trata-se de garantia essencialmente direcionada ao pensar, não necessariamente ao agir, isto porque crenças ou convicções podem redundar em atos contrários à ordem jurídica (*v.g.*: a prática de um homicídio como parte integrante de solenidade religiosa), não eximindo o seu autor da responsabilidade pelos ilícitos que praticar.

Além de proteger a liberdade de crença e convicção, a ordem constitucional permite, igualmente, que qualquer pessoa deixe de cumprir deveres jurídicos de origem legal, genericamente impostos a todos, que colidam com a referida liberdade. Trata-se da denominada *objeção de consciência*, que, em seus contornos mais amplos, indica a recusa em obedecer a um comando de autoridade, a um imperativo jurídico, invocando-se a existência, no foro individual, de impedimentos de ordem axiológica que obstam a adoção do comportamento exigido. A base axiológica que dá sustentação à objeção de consciência pode decorrer de razões morais, filosóficas ou políticas, daí surgindo um sentimento de aversão a uma gama extremamente variável de comportamentos plenamente jurígenos. Reflete uma forma de penetração da moral no direito, que anui em arrefecer a sua imperatividade em prol da consciência individual, preservando um valor indissociável da personalidade humana.

Como necessário contraponto à objeção de consciência, dispôs a Constituição de 1988, também no art. 5º, VIII, que a sua invocação, com o correlato descumprimento de obrigação legal, poderá redundar em privação de direitos caso a pessoa se recuse "*a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.*" Com isto, busca-se preservar um referencial de igualdade nas relações com o Estado, evitando que determinadas pessoas, por cultivarem valores distintos aos de outras, sejam desoneradas de toda e qualquer obrigação legal. A prestação alternativa, que, a exemplo do dever jurídico original, deve ser necessariamente definida em lei, visa justamente a recompor esse referencial de igualdade, inicialmente maculado com a formulação da objeção de consciência.

É importante ressaltar que a objeção de consciência somente fará surgir a obrigação de cumprir a prestação alternativa caso a obrigação original que motivou a sua formulação tenha sido "*a todos imposta*". A generalidade da obrigação legal atua como verdadeiro pressuposto de sua própria imperatividade. Tratando-se, ao revés, de obrigação casuística, endereçada a pessoas perfeitamente individualizadas, não será possível impor qualquer privação de direitos àqueles que se negaram a cumpri-la. Aqui, não se terá propriamente "*obrigação*", mas, sim, "*perseguição*".

---

[16] CIÁURRIZ, Maria José. *La Libertad Religiosa en el Derecho Español*, Madrid: Editorial Tecnos, 1984, p. 103-105.

[17] STARCK e SCHMIDT. *Staatsrecht*..., p. 155.

[18] Vide as Constituições alemã de 1949 (art. 4º); andorrana de 1993 (art. 11, 2); argentina de 1853 (art. 14); belga de 1994 (arts. 11; 19; e 131) cubana de 1976 (art. 54); espanhola de 1978 (arts. 16 e 20 (I, d)); holandesa de 1983 (art. 6º, 1); italiana de 1947 (arts. 8º, 19 e 20); japonesa de 1946 (art. 20); portuguesa de 1976 (art. 41) e suíça de 1999 (art. 15); Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (França) de 1789 (art. 10). No âmbito do Direito Internacional, vide a Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica, de 1969 (art. 12, 2 e 3); a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948 (art. 18); e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966 (arts. 18, 2 e 3; e 27).

2.2. Liberdade de crença e tratamento médico

Face à amplitude da liberdade de crença, que pode albergar variadas manifestações de fé, incluindo certos comportamentos que destoam dos padrões de racionalidade já sedimentados no ambiente social, não será incomum a presença de situações de colisão com outros bens e valores constitucionalmente tutelados. Esse quadro é particularmente delicado nas situações em que a pessoa padeça de patologia, congênita ou provocada por causas externas, e haja negativa de receber o tratamento médico que o atual estágio da técnica considera adequado.

Tratando-se de pessoa plenamente capaz de exteriorizar a vontade, há de prevalecer a autodeterminação, sendo possível que se negue a receber os tratamentos médicos que considere incompatíveis com a sua crença. A simplicidade dessa solução, no entanto, não se estende às situações em que estejamos perante pessoas que, em caráter definitivo ou temporário, sejam total ou parcialmente incapazes de exteriorizar a sua vontade, como as crianças e os alienados mentais. Nesse caso, questiona-se: podem os seus responsáveis legais, lastreados em bases religiosas, proibir que recebam certo tratamento médico? Esse questionamento, desde logo, suscita reflexões em torno da necessária salvaguarda de outros bens jurídicos igualmente tutelados pela ordem constitucional, como o direito à vida (CR/1988, art. 5º, *caput*) e à saúde (CR/1988, art. 196, *caput*), não sendo demais lembrar que "*é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adoles-cente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde...*" (CR/1988, art. 227, *caput*).

Essa espécie de colisão, como soa evidente, será necessariamente influenciada pelas especificidades do caso concreto, não comportando respostas definitivas em abstrato. Isto, no entanto, não impede sejam estabelecidas, previamente, duas pautas argumentativas, de caráter objetivo, que influenciarão na solução do caso concreto: (1º) a vida e, em certa medida, o gozo de um bom estado de saúde, são pressupostos necessários ao pleno exercício da liberdade de crença; e (2º) a autonomia da vontade, na hipótese aqui versada, é plena no plano pessoal e relativamente limitada em relação aos incapazes, já que sujeita a certos balizamentos jurídicos de caráter imperativo. A partir dessas pautas objetivas, pode-se afirmar que, nesses casos, a liberdade de crença jamais autorizará o comprometimento da vida, e que, em relação às intervenções médicas destinadas à cura de patologias menos graves, a resolução do caso concreto será influenciada pela existência, ou não, de tratamentos alternativos e pelas conseqüências deletérias que decorrerão da não realização do tratamento inicialmente indicado.

2.3. Objeção de consciência ao serviço militar

Objeção de consciência, em seus contornos mais amplos, indica a recusa em obedecer a um comando de autoridade, a um imperativo jurídico, invocando-se a existência, no foro individual, de fundamentos de ordem axiológica que impedem a adoção do comportamento exigido. A base axiológica que dá sustentação à objeção de consciência pode decorrer de razões filosóficas, religiosas ou políticas, daí surgindo um sentimento de aversão a uma gama extremamente variável de comportamentos plenamente jurígenos. Reflete uma forma de penetração da moral no direito, que anui em arrefecer sua imperatividade em prol da consciência individual, preservando esse valor indissociável da personalidade humana.[19]

Especificamente em relação à objeção de consciência no âmbito do serviço militar, a Constituição brasileira de 1988, no § 1º de seu art. 143,[20] estabelece algums balizamentos de natureza pessoal, constitutiva, circunstancial e finalística à sua plena operatividade. No âmbito pessoal, a objeção de consciência somente pode ser formulada pelos alistados. Em termos constitutivos, exige-se que o imperativo de consciência decorra de "*crença religiosa*" ou de "*convicção filofófica ou política*", conceitos que acolhem praticamente todas as razões passíveis de serem invocadas, merecendo especial realce a "*convicção filosófica*", à qual pode ser reconduzido qualquer aspecto do pensamento humano. No plano circunstancial, tem-se que a recusa somente pode ser manifestada em "*tempo de paz*", previsão justificável na medida em que, em períodos de guerra, o que se encontra em jogo é a própria subsistência do Estado, que não pode ser comprometida em razão da prevalência de interesses individuais; trata-se de juízo de ponderação realizado, *a priori*, pelo próprio Constituinte. Por fim, no plano finalístico, restringe-se o emprego da objeção de consciência às "*atividades de caráter essencialmente militar*", o que afasta a possibilidade de recusa a atividades burocráticas ou essencialmente periféricas, como o atendimento em hospitais, sem qualquer contato com operações bélicas. Observa-se, nesse último caso, que a objeção de consciência do direito brasileiro possui maior potencial expansivo que a de outros sistemas, como o alemão, que restringe a formulação da *Kriegsdienstverweigerung* às situações em que seja exigida a utilização de armas (*Waffen*) – *GG* de 1949, art. 4º, 3.

---

[19] Um interessante resumo da linha evolutiva da objeção de consciência, em que se percebe uma intensa influência de fatores teológicos, pode ser obtida em Rodolfo Venditti. . *L'Obiezione di Coscienza al Servizio Militare*, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1981, p. 6-36.

[20] Sobre a temática, vide as Constituições alemã de 1949 (arts. 4º, 3; e 12a, 1); chilena de 1980 (art. 22); cubana de 1976 (art. 64); espanhola de 1978 (art. 30(2)); holandesa de 1983 (arts. 98, 3; e 99); italiana de 1947 (art. 42); mexicana de 1917 (art. 31, II e III); paraguaia (art. 113); peruana de 1993 (art. 78); portuguesa de 1976 (art. 276); russa de 1993 (art. 59, 3); suíça de 1999 (art. 59, 3); e venezuelana de 2000 (art. 53).

Preenchidos os requisitos constitucionais, não há espaço para recusa à objeção de consciência. Isto, no entanto, não significa que o objetor esteja imune a todo e qualquer dever jurídico. Nesses casos, o que se verifica é a outorga de competência, às Forças Armadas, para que, na forma da lei (CR/1988, art. 143, § 1º), lhe atribuam um serviço alternativo, o qual, é importante frisar, não pode se contrapor às razões que embasaram a própria objeção de consciência.

3. As relações entre Estado e religião: o caráter laico do Estado brasileiro

As relações do Estado com o poder espiritual têm sofridos alterações tão intensas quanto as variantes de espaço e tempo utilizadas para contextualizar a respectiva análise.

De um modo geral, os distintos modelos existentes podem ser enquadrados numa das seguintes categorias: (1) Estado teocrático ou sacral, onde, eliminada qualquer possibilidade de pluralismo religioso, verifica-se a interpenetração entre Estado e poder espiritual na consecução do bem comum (*v.g.*: o fundamentalismo religioso no Iran e no Vaticano); (2) Estado proselitista, cuja característica essencial é não propriamente a confusão entre as figuras, mas a proteção e o enaltecimento de uma religião específica (*v.g.*: Estados ortodoxos); (3) Estado cooperativo, onde, apesar de reconhecido o pluralismo, poder espiritual e poder estatal apresentam pontos de contato (*v.g.*: no Reino Unido, o Chefe de Estado deve jurar fidelidade aos dogmas da igreja oficial, a anglicana, sendo, igualmente, o seu chefe); (4) Estado laico ou secular, que passa ao largo da realidade religiosa subjacente ao meio social e elimina, *a priori*, qualquer influência do poder espiritual no ambiente político; laicidade guarda similitude com neutralidade, indicando a impossibilidade de a estrutura estatal de poder possuir uma "fé oficial", privilegiando-a em detrimento das demais; e (5) Estado totalitário ateísta ou simplesmente ateu, que vê no poder espiritual objetivos incompatíveis com os do Estado, terminando por vedar as próprias práticas religiosas (*v.g.*: a extinta URSS).

A Constituição argentina de 1853, mesmo após as suas sucessivas reformas, dispõe, no início do século XXI, que "*el gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano*" (art. 2º).[21] No Brasil, a Constituição de 1824 assegurava a liberdade de culto, mas considerava, como religião oficial do Estado, a católica, apostólica, romana. Proclamada a República, a Igreja foi separada do Estado, que passou a ser laico: no entanto, face à controvérsia em relação à representação diplomática brasileira no Vaticano, a Reforma de 1926 acrescentou um parágrafo 7º ao art. 72 da Constituição de 1891, tornando expresso que "*a representação diplomática do Brasil junto à Santa Sé não implicava violação desse princípio*". O preceito, nitidamente desnecessário, já que a manutenção de relações diplomáticas, por si só, já indica a separação entre os entes, foi repetido nas Constituições de 1934 (art. 176) e 1946 (art. 196), sendo omitido nas demais.

Consoante o inciso I do art. 19 da Constituição de 1988,[22] é vedado ao Estado (1) promover cultos religiosos; (2) mantiver templos religiosos; (3) estimular a prática de certa religião, com incentivos de qualquer natureza, financeiros ou não; (4) estabelecer relações de dependência ou aliança com organismos religiosos, de modo que diretivas baseadas puramente na fé influam no delineamento de decisões estatais; ou (5) impor restrições ao exercício das demais religiões.[23]

Os limites da relação do Estado com a religião foram objeto de análise pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, o qual, apreciando a amplitude da neutralidade apregoada pelo direito constitucional (*GG* de 1949, art. 140 c.c. Constituição de Weimar, art. 137, I), decidiu pela impossibilidade de serem afixados crucifixos nas salas de aula das escolas públicas, prática que denotava a adesão ao cristianismo em detrimento das demais religiões livremente professadas.[24] Não obstante a similitude, nessa temática, da *Grundgesetz* alemã com a atual Constituição brasileira, cremos que a transposição desse entendimento para a nossa realidade exige alguns temperamentos. O primeiro deles consiste no fato de o cristianismo e, mais especificamente, o catolicismo, serem partes integrantes da tradição brasileira, daí decorrendo que a exposição da cruz pode ser vista como mera deferência a esse elemento cultural, em nada refletindo um comprometimento religioso por parte do Estado. O segundo indica que, no Brasil, o pluralismo religioso ainda não resultou numa rejeição socialmente relevante de certos símbolos que fazem parte da nossa tradição. O terceiro, por sua vez, aconselha que medidas dessa natureza, drásticas e que naturalmente serão interpretadas como uma afronta à respectiva religião, decorram de uma reação social, vale dizer, da disseminação do sentimento de discriminação, junto às demais religiões, em relação à exibição de um símbolo característico do catolicismo. A questão, assim, não deve ser analisada puramente *in abstracto*, desconsiderando-se a realidade social. Rendemos homenagem, assim, à sensata advertência de Rui Barbosa:[25] "*[n]ão basta compulsar a*

---

[21] BIDART CAMPOS, German J.. *Manual de la Constitucion Reformada*, Tomo I, 5ª reimp., Buenos Aires: Ediar, 2006, p. 541.

[22] Vide as Constituições de 1891 (art. 11, inc. 2); 1934 (art. 17, II). 1937 (art. 32, *b*); 1946 (art. 31, II); 1967 (art. 9º, II); e Emenda Constitucional nº 1/1969 (art. 9º, II).

[23] Vide as Constituições alemã de 1949 (art. 140 c.c. Constituição de Weimar de 1919, art. 137, I: "*Es besteht keine Staatskirche*"), andorrana de 1993 (art. 11, 3); belga de 1994 (art. 21, § 1º); russa de 1993 (art. 14, 1 e 2); e suíça de 1999 (art. 72, 2).

[24] *BVerfGE* 108, 282. Cf. JARASS, Hans D. e PIEROTH, Bodo. *Grundgesetz für die Bundesrepublick Deutschland*, 10ª ed., München: Verlag C. H. Beck München, 2009, p. 153-154.

[25] Commentarios á Constituição Federal Brasileira, colligidos e ordenados por Homero Pires, vol. III, Do Poder Executivo, São Paulo: Saraiva & Cia., 1933, p. 430.

jurisprudencia peregrina: é mister aprofundal-a, joeirando os exotismos intransladaveis, para não enxertar no direito patrio idéas incompatíveis com as nossas instituições positivas".

A laicidade, é importante observar, raramente se apresenta em "estado puro", vale dizer, com ampla e irrestrita dissociação entre os poderes espiritual e estatal. No Brasil, por exemplo, são múltiplos os feriados embasados na fá católica (*v.g.*: o dia de Nossa Senhora Aparecida, padroeira do País), isto sem olvidar a invocação de Deus logo no preâmbulo de nossa Constituição, o que, em "rigor técnico", configuraria clara afronta àqueles que negam a existência de Deus, como os budistas, ou que apregoam a existência de mais de um Deus, como os hindus. Nos Estados Unidos da América, do mesmo modo, lê-se, em sua moeda oficial, a inscrição "*In God we trust*". Nesses casos, o que se verifica não é propriamente a irrestrita adesão ao poder espiritual, mas, sim, uma forma de preservação dos valores sedimentados no ambiente social.

Ressalte-se, no entanto, que laicidade não guarda similitude com isolamento, sendo de todo aconselhável que o Estado estabeleça parcerias, com instituições religiosas, visando à consecução de objetivos comuns de interesse público. Essa possibilidade, no entanto, expressamente contemplada no inciso I do art. 19 da Constituição de 1988, não deve privilegiar religiões específicas por vias transversas. Qualquer aproximação do Estado à religião deve se desenvolver com a observância de referenciais de igualdade, estando teleologicamente comprometida com a satisfação do interesse público.

3.1. Liberdade de crença e laicidade do Estado

Em períodos mais remotos, a religião era constantemente utilizada como referencial para o reconhecimento de direitos ou para a participação na vida política do Estado. A intensa expansão do Cristianismo transcendeu as questões religiosas, fazendo que a religião católica, apostólica, romana exercesse total domínio no cenário político do Ocidente. Na Idade Média, os papas criavam e destruíam impérios, nomeavam e depunham imperadores. Estado e religião se interpenetravam de tal modo que se tinha por inaceitável uma dissociação entre as leis terrenas e as leis divinas, vale dizer, aquelas postas pela Igreja e pela interpretação que realizava da Bíblia. O fundamento do Estado era teológico, não teleológico: existia pela vontade de Deus e para servir a Deus. Como afirmou Coulanges,[26] "*entre gregos e romanos, assim como entre os hindus, desde o princípio, a lei surgiu naturalmente como parte da religião*"(...)"*a lei não se discute, impõe-se; não representa trabalho da autoridade; os homens obedecem-na por ser divina*"(...)"*era reconhecido como cidadão todo aquele que tomava parte no culto da cidade, e desta participação lhe derivavam todos os seus direitos civis e políticos. Renunciar ao culto seria renunciar aos direitos.*"

A intolerância religiosa exacerbada, que conduziu à perseguição e à execução dos infiéis, e o redimensionamento do papel desempenhado pelo Estado conferiram novas nuances ao pensamento filosófico, que passou a prestigiar a individualidade de cada pessoa, atribuindo-lhe uma esfera de liberdade imune à intervenção estatal. Esse movimento precipitou o reconhecimento da separação entre Estado e Igreja e assegurou a liberdade de culto, cujo caráter normativo foi adotado, pela primeira vez, na Declaração de Direitos da Virgínia, de 12 de junho de 1776 (art. 16). A Primeira Emenda à Constituição norte-americana, de 1791, seguiu o mesmo caminho: "*Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof*". Também na França, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, encampou a liberdade de culto: "*nul ne droit être inquiete pour ses opinions même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi*". No Brasil, a Constituição de 1824 assegurava a liberdade de culto, mas considerava, como religião oficial do Estado, a católica, apostólica, romana. Proclamada a República, a Igreja foi separada do Estado, que passou a ser laico.

Na Constituição de 1988, o caráter laico do Estado é especialmente percebido pelo teor de seu art. 19, que veda ao Poder Público manter ou subvencionar cultos religiosos ou igrejas, estando igualmente impedido de embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança.

Enquanto a liberdade de crença assegura a qualquer pessoa o direito de escolher livremente a fé que irá, ou não, professar, escolha esta que pode permanecer adstrita ao *forum internum* ou ser exteriorizada, alcançando o *forum externum*, a laicidade do Estado indica a impossibilidade de uma estrutura estatal de poder possuir uma "fé oficial", privilegiando-a em detrimento das demais. Ter-se-á o tratamento privilegiado de certa "fé" não só quando o Estado estimular a sua prática, com incentivos de qualquer natureza, financeiros ou não, como, também, quando impuser restrições ao exercício das demais.

É importante lembrar que o caráter laico do Estado coexiste com a liberdade de crença. Essa constatação, em seus contornos mais basilares, indica que o Estado, conquanto não deva aderir a uma fé específica, deve permitir e proteger toda e qualquer manifestação de fé, mesmo nos bens de sua propriedade; isto, obviamente, se não for comprometida a ordem pública ou a liberdade de crença dos demais componentes do grupamento, o que inclui a liberdade de não professar fé alguma.

---

[26] A cidade antiga, trad. de Jean Melville, Editora Martin Claret, p. 77, 2001, p. 206-213.

A questão, no entanto, pode assumir contornos mais delicados: digamos que um aluno e um professor de escola pública sejam proibidos de frequentar as aulas usando turbante, que seria um símbolo de sua fé e pureza espiritual. Quanto ao aluno, parece não haver maiores dúvidas de que foi violada a sua liberdade de crença, exteriorizada de modo silencioso e perfeitamente compatível com o ambiente escolar. Já em relação ao professor põe-se um complicador: pode ele, enquanto servidor e representante do Estado, exteriorizar a sua crença na sala de aula? Diversamente ao que se verifica em relação ao aluno, que foi diretamente privado de um direito fundamental, no caso do professor, que está no efetivo exercício de uma função pública, constata-se uma aparente colisão entre a sua liberdade de crença e a neutralidade religiosa do Estado, do qual é legítimo representante em sala de aula. Ainda deve ser devidamente considerada a liberdade dos demais estudantes em não ter crença alguma (*negative Glaubensfreiheit*), o que reforça a necessidade de o Estado preservar a sua neutralidade. A identificação da efetiva existência da referida colisão, com as consequências dela decorrentes, exige seja previamente definida uma premissa fundamental: do fato de um único professor usar turbante (ou portar um cordão dotado de crucifixo) decorre a conclusão de que o Estado adota uma postura favorável à respectiva religião? A resposta, à evidência, é negativa. *In casu*, a crença professada, aos olhos de qualquer expectador externo, é integralmente atribuída ao professor, não ao Estado, o que bem demonstra que ele, a exemplo do estudante, foi igualmente aviltado em sua liberdade de crença.[27]

3.2. A imunidade tributária dos templos de qualquer culto

De modo correlato à garantia da liberdade de crença, que assegura a cada indivíduo o pleno juízo valorativo a respeito da fé que pretende, ou não, professar, sem qualquer interferência do Estado ou de outros particulares, a Constituição de 1988, em seu art. 150, VI, b, conferiu imunidade tributária aos templos de qualquer culto, eximindo-os do pagamento de impostos. A *ratio* da norma constitucional parece clara: afastar embaraços ao exercício de um direito fundamental e, face à importância que ostenta no contexto social, estimular o seu desenvolvimento.

A primeira questão a ser enfrentada diz respeito ao alcance subjetivo da imunidade contemplada no art. 150, VI, b, da Constituição de 1988. Apesar de não haverem maiores dúvidas quanto à amplitude da expressão "*templos de qualquer culto*", o mesmo não pode ser dito em relação às atividades que serão enquadradas sob essa epígrafe. Em outras palavras, basta que uma associação se auto-intitule "igreja" e possua espaços físicos denominados de "templos" para que, por via reflexa, suas atividades sejam consideradas cultos, incidindo a regra da imunidade tributária? A resposta, por certo, está ínsita no próprio questionamento: vale dizer, na medida em que a ordem constitucional reconhece, separadamente, a "liberdade de associação" e a "liberdade de crença", decorrendo, desta última, a possibilidade de serem construídos "templos" a ela destinados, afigura-se evidente que as figuras não se sobrepõem, mas, tão-somente, se tangenciam. Toda instituição religiosa será uma associação, mas nem toda associação terá fins religiosos, daí o necessário cuidado para que a *ratio* da norma constitucional seja preservada e uma possível fraude tributária evitada.

Os templos de qualquer culto consubstanciam o âmbito de desenvolvimento da liberdade de crença, da fé professada por certas pessoas, sendo dela indissociável. Nesse particular, o Tribunal Administrativo Federal alemão (*Bundesverwaltungsgericht*) já teve oportunidade de reconhecer que associações cognominadas de "igrejas", que não professem a fé em Deus ou num ser superior (*v.g.*: Buda), destinando-se, unicamente, à crítica econômica ou social, não possuem objetivos religiosos, não sendo alcançadas pela liberdade de crença assegurada pelo art. 4º, I, da *Grundgesetz* de 1949.[28]

A segunda questão a ser enfrentada está relacionada ao alcance da imunidade tributária, exigindo seja definido se ela somente afastará a incidência de alguns impostos específicos ou se recairá sobre todo e qualquer imposto, com abstração do seu fato gerador. Na primeira hipótese, que se ajustaria à literalidade do art. 150, VI, c, da Constituição de 1988, somente seriam afastados os impostos incidentes sobre o prédio em que professado o culto; na segunda hipótese, por sua vez, seria afastada a literalidade do texto, entendendo-se pelo substantivo "templo" a própria instituição religiosa, o que alcançaria todo e qualquer imposto. Entre esses dois extremos tem-se a regra do § 4º do art. 150, que inclui no âmbito da imunidade "*somente o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades*" mencionadas na alínea *c* do inciso VI. Percebe-se, assim, que a imunidade, conquanto ampla, é limitada pela necessária correlação do fato gerador em potencial com as finalidades essenciais da instituição religiosa.[29]

---

[27] STARCK e SCHMIDT. *Staatsrecht*..., p. 155-156.

[28] *BVerwGE* 90, 112, 116.

[29] O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de decidir que (1) imóveis de instituição religiosa alugados a terceiros não são tributados pelo IPTU (STF, Pleno, RE nº 325.822/SP, rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 18/12/2002, DJ de 14/05/2004); (2) os templos de qualquer culto não estão imunes à contribuição sindical (STF, 2ª Turma, RE nº 129.930/SP, rel. Min. Carlos Velloso, j. em 07/05/1991, DJ de 16/08/1991).

3.3. O ensino religioso nas escolas públicas

Ao reconhecer a liberdade de crença e vedar que o Estado mantenha, estimule, subvencione ou restrinja o exercício de qualquer religião, a Constituição de 1988 delineou a sua laicidade. Em outras palavras, o Estado deve ser neutro: não pode existir uma "fé oficial" e não deve ser dispensado tratamento privilegiado a religiões específicas.

Laicidade, no entanto, não guarda similitude com o isolamento ou a desconsideração do relevante papel desempenhado pela religião na sedimentação do alicerce ético e moral de qualquer sociedade, o que torna particularmente clara a *ratio* do comando constante do § 1º do art. 210 da Constituição brasileira ("*O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental*").[30] Ao determinar a inserção do ensino religioso na grade curricular das escolas públicas de ensino fundamental, a ordem constitucional tem, como objetivo, o de orientar o jovem no exercício de sua liberdade de crença, permitindo o conhecimento da essência de cada religião e, consequentemente, a escolha da religião a ser professada. Ínsita na liberdade de crença, está a liberdade de não professar crença alguma, daí decorrendo o caráter facultativo desse tipo de disciplina, cuja relevância deve ser devidamente avaliada pelos pais em relação aos filhos menores (CR/1988, art. 229).

Como soa evidente, o ensino religioso nas escolas públicas deve ser compatibilizado com a neutralidade do Estado, o que impede permaneça ele adstrito a uma ou outra fé específica, desconsiderando os contornos gerais do fenômeno religioso, suas origens e formas de manifestação. Assim, ou a disciplina permanece no plano geral ou é estruturada de modo a permitir a exposição dos traços fundamentais de cada uma das religiões existentes no ambiente sociocultural. Nesse particular, a *Grundgesetz* alemã de 1949, no inciso 3 do seu art. 7º, teve a preocupação de deixar expresso o que já estava implícito no sistema: sem prejuízo da supervisão do Estado, o ensino deve ser ministrado de acordo com os "*princípios das comunidades religiosas*" (*Grundsätzen der Religionsgemeinschaften*). Cada religião deve ter seus dogmas retratados com fidelidade, sem preconceitos ou proselitismos, o que é um claro indicativo da inviabilidade de um único docente, que professe ou simpatize fé específica, ser o responsável pela disciplina. Ainda segundo o paradigma alemão, "*nenhum professor pode ser obrigado, contra a sua vontade, a ministrar instrução religiosa*" ("*Kein Lehrer darf gegen seinen Willen verplichtet werden, Religionsunterricht zu erteilen*"), comando que é de todo compatível com a sistemática constitucional brasileira. Afinal, como exigir, por exemplo, que um cristão fervoroso explique aos seus alunos os alicerces do budismo, que apregoa a inexistência de um Deus, e os aspectos que, sob a ótica dessa religião, a diferenciam e a tornam mais densa que as demais?

A temática, como se percebe, é delicada, e exige muito cuidado na transposição do comando constitucional para a realidade, isto sob pena de o ensino religioso se transmudar em evidente proselitismo ou em instrumento de repulsa a religiões específicas. A melhor forma de contornar os obstáculos existentes consiste em contextualizar o ensino religioso no plano histórico, retratando a importância das distintas religiões na evolução da humanidade. Com isto, o Poder Público evita admitir docentes a partir de critérios religiosos e, principalmente, afasta o risco de que o ensino religioso se transmude em proselitismo.

3.4. A assistência religiosa nas entidades de internação coletiva

A liberdade religiosa pode ser concebida em duas perspectivas, uma intrínseca, a liberdade de crença, inerente à intimidade do ser humano, e outra extrínseca, afeta à liberdade de culto, momento em que ocorre a exteriorização da fé. Enquanto a liberdade de crença pode permanecer confinada aos setores mais recônditos da personalidade humana, de modo que o seu exercício sequer seja conhecido por aqueles que convivem com a pessoa no ambiente social, com a liberdade de culto não ocorre o mesmo. Acresça-se que o culto, conquanto possa ser realizado no plano puramente individual, permitindo que a pessoa humana, isoladamente, exteriorize a sua fé, o mais natural é que manifestações dessa natureza sejam realizadas coletivamente, sendo conduzidas por sacerdotes devidamente qualificados.

Ao assegurar, no inciso VII de seu art. 5º, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva, a Constituição de 1988 buscou criar as condições necessárias à plena operatividade da liberdade religiosa.[31] Afinal, a sua face extrínseca, a liberdade de culto, seria inevitavelmente comprometida com as inevitáveis restrições que caracterizam estabelecimentos dessa natureza. O comando constitucional ainda traz consigo outra funcionalidade, a de estimular a aceitação do apoio religioso, contribuindo para a reconstrução psíquica e espiritual de todos aqueles que se encontrem internados. Confina-se o corpo, liberta-se a mente.

A assistência religiosa, no entanto, deve se compatibilizar com o caráter laico do Estado brasileiro, o que impede que algumas religiões sejam privilegiadas em detrimento das demais. O mais aconselhado, assim, é que seja

---

[30] Constituições alemã de 1949 (art. 7º (2, 3)); andorrana de 1993 (art. 20, 3); belga de 1994 (art. 24, § 1º, 3 e § 3º, 1); espanhola de 1978 (art. 27); holandesa de 1983 (art. 23, 3); mexicana de 1917 (art. 3º); peruana de 1993 (art. 22); e suíça de 1999 (arts. 63, 1 e 2; e 66, *caput*, 1 e 2).

[31] Vide as Constituições de 1934 (art. 113, nº 6); 1946 (art. 141, § 9º); 1967 (art. 150, § 7º); e Emenda Constitucional nº 1/1969 (art. 153, § 7º). No direito comparado, podem ser mencionadas as Constituições alemã de 1949 (art. 4º); argentina de 1853 (art. 14); cubana de 1976 (art. 54); e italiana de 1947 (arts. 8º, 19 e 20).

permitido o acesso, observadas as normas necessárias à garantia da segurança e da disciplina internas, dos representantes das distintas religiões existentes, de modo que os internos que já professam uma fé possam continuar a professá-la, e aqueles que assim o desejem possam iniciar a sua trajetória e exercer livremente a crença que venham a escolher. A forma e os limites dessa assistência serão definidos pela legislação infraconstitucional,[32] que não pode, como soa evidente, destoar dos contornos básicos dessa liberdade constitucional.

No plano infraconstitucional, a Lei nº 9.982/2000 assegura aos religiosos de todas as confissões, respeitadas as normas internas de segurança (art. 2º), o direito de acesso aos estabelecimentos de internação coletiva, estando o apoio espiritual condicionado à aquiescência dos internados ou, no caso de doentes que não estejam no gozo de suas faculdades mentais, à aquiescência dos seus familiares (art. 1º).

Na sistemática anterior, dispunha a Emenda Constitucional nº 1/1969 (art. 153, § 7º) que "*[s]em caráter de obrigatoriedade, será prestada por brasileiros, nos termos da lei, assistência religiosa às forças armadas e auxiliares, e, nos estabelecimentos de internação coletiva, aos interessados que a solicitarem, diretamente ou por intermédio de seus representantes legais.*" Como se constata, com o advento da Constituição de 1988 não persiste a exigência de que a assistência seja prestada por "brasileiros", corolário lógico da amplitude dos direitos fundamentais que o art. 5º, *caput,* reconhece aos estrangeiros. Acresça-se, ainda, que a supressão da autorização para que a assistência religiosa seja prestada "*às forças armadas e auxiliares*" em nada se confunde com uma espécie de silêncio eloquente, vedando seja tal autorização conferida pela legislação infraconstitucional. Afinal, a funcionalidade dessa assistência é assegurar a materialização da liberdade de crença afeta a todo e qualquer ser humano, inclusive aqueles em serviço junto às Forças Armadas, isto sem olvidar a sua plena compatibilidade com o ambiente militar, fortalecendo espiritualmente pessoas que vivem sob intensa pressão. Tal, no entanto, não significa possa o Estado brasileiro contratar e remunerar religiosos de crenças específicas (*v.g.*: os Capelães Militares) para prestar esse tipo de atendimento às custas do Erário: além de violar a laicidade do Estado, medidas dessa natureza terminam por privilegiar certas religiões em detrimento de outras e a comprometer o pleno desenvolvimento da liberdade de crença, já que o militar somente terá acesso à religião professada pelo sacerdote contratado pelo Poder Público.

Conclusões

1) A liberdade religiosa é necessariamente balanceada pelos referenciais de pluralismo, igualdade e tolerância, o que assegura a coexistência das distintas formas de manifestação da espiritualidade, a ausência de posições de preeminência perante a ordem jurídica e a garantia de que todas essas manifestações podem se expandir livremente, sem qualquer censura.

2) A liberdade religiosa alcança tanto o direito de ter uma crença, como o de não ter crença alguma, bem como o direito de emitir opinião crítica sobre qualquer religião.

3) A liberdade religiosa não pode chegar ao extremo de comprometer a vida e a saúde daqueles que não tenham capacidade para externar livremente a sua vontade.

4) O caráter laico do Estado não chega ao extremo de desconsiderar a identidade cultural e as tradições da sociedade, o que autoriza a utilização de símbolos, como o crucifixo, ou a utilização do nome de Deus em documentos oficiais, como o papel moeda, situação que deve perdurar enquanto não difundido um sentimento de discriminação no âmbito das demais religiões.

5) Devem ser aceitas manifestações religiosas, individuais e silenciosas, de agentes públicos (*v.g.*: utilização da crucifixos, turbantes etc.), mesmo no exercício da função pública, tão-somente enquanto tais manifestações não forem vistas como a postura oficial do Poder Público.

6) O ensino religioso, nas escolas públicas, deve prestigiar a abordagem histórica, sem proselitismo.

7) A assistência religiosa, nos estabelecimentos de internação coletiva, deve preservar a igualdade das distintas religiões existentes, não se mostrando compatível, com a ordem constitucional, a contratação, pelo Poder Público, de religiosos a serem incumbidos dessa atividade.

---

[32] Vide: Lei nº 6.923/1981 (Dispõe sobre o serviço de assistência religiosa nas forças armadas); Lei nº 7.210/1984 (Institui a Lei de Execução Penal - art. 24); Lei nº 8.069/1990 (Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente - art. 124, XIV); e Lei nº 9.982/2000 (Dispõe sobre a prestação de assistência religiosa nas entidades hospitalares públicas e privadas, bem como nos estabelecimentos prisionais civis e militares).

053

A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA GERAÇÃO DE EFEITOS PÚBLICOS E NO DESENVOLVIMENTO HARMÔNICO E SUSTENTÁVEL – FORMAS DE DAR EFETIVIDADE AOS DITAMES DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DE FOMENTAR POLÍTICAS PÚBLICAS ATRAVÉS DO PLANEJAMENTO E GESTÃO SISTÊMICOS

Rodrigo Schoeller de Moraes

Promotor de Justiça/RS

SÍNTESE DOGMÁTICA: Para dar efetividade aos ditames constitucionais no contexto sistêmico e fomentar a implementação de políticas públicas orientadas por princípios e diretrizes construídos por ocasião de audiências públicas, conferências e congressos, o Ministério Público mostra-se imprescindível, devido às possibilidades que estão abertas à sua atuação. Com esse objetivo, é viável a adoção de medidas judiciais e extrajudiciais aptas a fomentar a adoção de metodologias de planejamento e gestão sistêmicos que, a partir de um foco prioritário de atuação, atendam necessidades fisiológicas, psicológicas e de auto-realização, dando relevância ao contexto familiar e aos impactos proporcionais nos três eixos da sustentabilidade (econômico, social – saúde, educação, cidadania e segurança - e ambiental). Isso, de modo a gerar efeitos públicos, que exigem e favorecem a formação de redes de cooperação, integrando os três setores (público, privado e sociedade civil organizada) e os indivíduos da comunidade em geral. Dessa forma, é gerado o desenvolvimento harmônico e sustentável, refletindo-se na Paz, interna e externa.

JUSTIFICATIVA

A Constituição Federal do Brasil prevê normas para regular as relações estabelecidas no âmbito de sua incidência, de modo a possibilitar o bom convívio e a garantir a existência de uma sociedade fundada na harmonia social.

Para tornar efetiva essa procura de uma boa disposição das partes no todo, presente desde o Preâmbulo da Lei Maior e que qualifica as relações, são impostos limites aos desejos individuais, compatibilizando as necessidades inerentes aos seres vivos dentro do *Habitat*. Tais aspectos podem ser constatados em diversos artigos, como, por exemplo, nos artigos 170 e 193, ambos da Constituição Federal do Brasil. A primeira norma citada anteriormente estabelece que a ordem econômica "tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social". A segunda norma referida, ao dispor sobre a ordem social, coloca como objetivo "o bem-estar e a justiça sociais". Ademais, ambas as diretrizes buscam valorizar o trabalho, que, nesse contexto, deve estar voltado para dignidade, bem-estar e justiça sociais, o que exige a cooperação entre os diversos componentes que fazem parte do *Habitat*. Esses aspectos ligados à cooperação estão previstos claramente nos artigos 194 e seguintes da Lei Maior e são necessários para construção de uma sociedade "fraterna, pluralista e sem preconceitos" (Preâmbulo da Constituição Federal).

Nesse contexto, o Ministério Público mostra-se imprescindível, uma vez que o *caput* do artigo 127 da Constituição Federal do Brasil estabelece que: "Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis".

Diante das normas referidas nos parágrafos acima, é possível perceber que os ditames constitucionais fazem parte do escopo de um sistema mais amplo, que visa desenvolver a harmonia, exteriorizada na paz (interna e externa) e em qualidade de vida, efetividade e sustentabilidade[1-2]. Em outras palavras, a Lei Maior, levando em consideração todas as perspectivas envolvidas, visa criar normas para que o processo seja efetivo na busca da missão comum, estabelecendo parâmetros indicativos e permitindo correções de rumo. Não pune, orienta e desenvolve a cultura de uma nação, o que, em termos gerenciais, tem correlação com os objetivos e indicadores, com o alinhamento de iniciativas e alocação de recursos e com o feedback e aprendizado (perspectivas e processos da metodologia Balanced Scorecard de Robert S.Kaplan e David P. Norton)[3].

Quando se fala em efetividade dos ditames constitucionais, também é importante fazer um paralelo com as de terminologias gerenciais. Isso, para se diferenciar eficácia (que se refere a atingir o objetivo - o impacto/a transformação – O QUE realizar), eficiência (que se refere à maneira certa de se fazer as coisas – otimização dos recursos – procedimento – COMO – por meio de que) e efetividade (que exige atingir o objetivo, da maneira certa, sendo importante ressaltar que devem ser priorizadas a harmonia e a sustentabilidade – POR QUE – a fim de que - missão). Ademais, é necessária a adoção de metodologias de gestão para que se possa obter essa efetividade com foco na harmonia e sustentabilidade.

Para tanto, é essencial atuar nas conseqüências e nas causas do desrespeito à natureza e à dignidade humana.

Mas quais são as verdadeiras causas? Será que elas estão ligadas apenas à ausência de recursos materiais ou refletem um sentimento mais profundo de vazio? O que está faltando?

Por certo que as causas não se limitam às questões materiais. Caso contrário, por que há corrupção, violência praticada por jovens de classe média, etc.?

Em verdade, as causas exteriorizam a falta de bons valores e a diminuta compreensão do sentido da vida. Ademais, sabe-se que a família, base da sociedade, é o principal núcleo de desenvolvimento de valores e dessa compreensão. Isso, porque podemos definir valores como sendo formas de perceber o mundo e de agir a partir disso, que são introjetados, principalmente, através do convívio-aprendizado, notadamente nos três primeiros anos de vida, fase altamente sensível para a formação de estruturas psíquicas[4].

Sob outro ângulo, podemos dizer que estas causas resultam dos condicionamentos decorrentes da visão cartesiana (que percebe a natureza com sendo dividida em dois domínios independentes – o da mente e o da matéria) e da concepção mecanicista (que compara o homem e o Universo às máquinas), bem como do individualismo que resultou dessas formas de perceber o mundo. Quanto à visão cartesiana, Fritjof Capra[5] afirma que:

> No século XVII, René Descates baseou a sua concepção da natureza numa visão fundamental entre dois domínios independentes e separados – o da mente, a 'coisa pensante' (res cogitans), e o da matéria, a 'coisa extensa' (res extensa). Essa cisão conceitual entre mente e matéria tem assombrado a ciência e a filosofia ocidentais há mais de trezentos anos.

Relativamente à concepção mecanicista, Roberto Crema[6] é preciso ao relatar:

> Surge assim, sob sua orientação intelectual, a concepção mecanicista: o homem-máquina habita o grandioso Universo-máquina, regido por leis matemáticas perfeitas. Desmorona-se a visão orgânica do mundo, cálida e misteriosa, estabelecendo-se a fria e estreita visão racionalista-mecanicista-reducionista. A inescrutável vastidão de Holos é reduzida a engrenagens sob o infalível império da causalidade. Atuar nas causas para se produzir efeitos desejáveis passa a ser a grande aspiração. Como afirma Granger, 'Descartes anuncia o advento de um mundo positivo e duro, mas que é também aquele em que o homem proclama seu reinado sobre as potências da natureza'.

Podemos dizer que essas concepções são formas de perceber o mundo que dominaram o pensar e o agir nos últimos séculos e que culminaram por gerar um individualismo extremado. Pior, esse verdadeiro egocentrismo acabou por colocar em segundo plano a recomendação mecanicista de atuar nas causas para se produzir os efeitos, enfocando apenas as conseqüências do crescente desrespeito à natureza e à dignidade humana, na busca de soluções imediatistas. Nesse compasso, podemos dizer que há, até mesmo, uma dificuldade de se pensar em termos mecanicistas, o que dirá perceber o mundo de forma sistêmica.

Essas circunstâncias estão se refletindo não apenas nos valores e na dificuldade de alinhar regramentos jurídicos, mas, principalmente, na insustentabilidade crescente.

Em termos mais amplos, pode-se dizer que as causas acima referidas são sistêmicas, ou seja, decorrem de relações interdependentes e inter-relacionadas entre diversos componentes do *Habitat*, exigindo, portanto, para efetividade das ações que buscam remediá-las, o planejamento e gestão do sistema no qual elas estão inseridas. Com a adoção de metodologia de planejamento e gestão sistêmicos, possibilita-se, a partir de um foco prioritário

(como, por exemplo, o planejamento familiar, o crack, a gripe H1N1, a construção de uma estrada, a corrupção, etc.), a visão e a integração de recursos multidisciplinares, intersetoriais e, como refere Edgar Morin[7], transdisciplinares.

Para isso, é importante ser estabelecida a missão comum, concretizada através da responsabilização dos infratores e do atendimento de necessidades fisiológicas, psicológicas e de auto-realização (diferentemente de desejos e priorizando a família), com impactos proporcionais nos três eixos da sustentabilidade (econômico, social e ambiental)[8].

A palavra desenvolvimento decorre da junção do prefixo des com o verbo envolver. Nesses termos, para que ocorra o desenvolvimento se exige um desfazer o embrulho que cobre, encerra e condiciona as probabilidades de alterar o mundo dos fatos.

Em termos de humanidade, pode-se dizer que o embrulho resulta dos condicionamentos à percepção do mundo, muitos deles decorrentes da visão cartesiana e concepção mecanicista. Esses condicionamentos interferem na concretização das potencialidades latentes de cada um dos indivíduos e se exteriorizam na sociedade. Dependendo de questões hereditárias e de convívio (principalmente nos três primeiros anos de vida) os condicionamentos poderão limitar a percepção de soluções para diversos problemas. Por isso, o embrulho deve ser desfeito para facilitar a superação de dificuldades pessoais e, principalmente, para enfrentar a insustentabilidade crescente. De outra sorte, parece que não haverá sequer desenvolvimento, o que dirá desenvolvimento harmônico e sustentável.

Para alterar o foco da percepção e desfazer os condicionamentos, é indispensável atender não apenas às necessidades fisiológicas dos seres humanos, mas também suas necessidades psicológicas e de auto-realização.

Inicialmente cabe distinguir necessidades de vontade. O escritor James C. Hunter[9] refere que:

> Uma vontade – Simião explicou – é simplesmente um anseio que não considera as conseqüências físicas e psicológicas daquilo que se deseja. Uma necessidade, por outro lado, é uma legítima exigência, física ou psicológica para o bem-estar do ser humano.

Diante da insustentabilidade crescente, torna-se urgente adotarmos, na prática, essas distinções, sob pena de inviabilidade do sistema.

Suprir as exigências de fome, sono, entre outras necessidades fisiológicas, é inafastável. Contudo, para que possa ocorrer o desenvolvimento das potencialidades, é necessário, também, que as pessoas se sintam seguras, pertencentes e valorizadas no convívio com seus semelhantes (necessidades psicológicas). Necessidade psicológica de segurança, que se refere à exigência de proteção contra o perigo, de ordem, de orientação (inclui o fornecimento de limites e o estabelecimento de regras e padrões). Esta deve ser suprida inicialmente pelos pais e se exterioriza em questões como os direitos trabalhistas e a segurança pública. A necessidade de pertencimento, uma das mais afetadas no contexto atual individualista, refere-se à exigência de sentir-se amado, aceito, participando, parte integrante. O pertencimento está relacionado ao afeto e à identificação com um grupo (que pode influenciar em condutas positivas ou negativas). A terceira espécie de necessidade é a de auto-estima, ou seja, de se sentir valorizado, útil na cooperação, sentimento de reconhecimento e aprovação. O suprir essas necessidades o indivíduo percebe: "Estou seguro no grupo, pertenço a ele e sou valorizado". As necessidades psicológicas são necessidades de qualidade relacional, com outras pessoas e com o ambiente como um todo.

Por fim, a necessidade de auto-realização, ou seja, de superar condicionamentos e desenvolver potenciais. O psicólogo humanista Abraham Maslow[8] usava o termo "self-actualization", traduzido como auto-atualização, para definir essa necessidade como "o uso e a exploração plenos de talentos, capacidades, potencialidades, etc.". Maslow articulava a existência de uma hierarquia de necessidades. Segundo ele, as necessidades fisiológicas surgem e devem ser atendidas antes das necessidades psicológicas e, essas, antes da necessidade de auto-atualização.

Em que pese o posicionamento de Maslow, acredita-se que o contexto atual, que exige a cooperação, possibilita sejam atendidas concomitantemente a gama de necessidades humanas. Isso porque as necessidades de uma pessoa somente poderão ser supridas de forma harmônica e sustentável se o processo utilizado para atendê-las-las incluir e beneficiar a população global como um todo. Assim, para suprir necessidades fisiológicas, é, cada vez mais, indispensável priorizar exigências relacionais que atendam, concomitantemente, às necessidades psicológicas de todos os participantes. Também, dessa relação, há que se desenvolver, conjuntamente, a percepção da unidade sob a aparente contradição. Desse modo, é possível transcender divergências e priorizar convergências, fomentando a paz nas relações e desenvolvendo características de pessoas auto-realizadoras, dentre as quais: "a percepção mais eficiente da realidade e relações mais satisfatórias com ela"[8].

Superando os condicionamentos que impedem o desenvolvimento, o que será necessário para que as alterações que estão se efetivando possam ser consideradas sustentáveis?

Por certo que essas modificações deverão gerar impactos proporcionais nos três eixos da sustentabilidade.

O eixo econômico, com a geração de renda e agregação de valor, mas de forma sustentável, o que exige a visão e integração dos outros dois eixos. O eixo social, com as áreas da saúde, educação, cidadania e segurança, que devem sempre atuar de forma integrada. Por fim, o eixo ambiental, que deve buscar o equilíbrio e a harmonia,

não podendo ser articulado de forma extremada, mas sim, integrada com os dois outros eixos, sob pena de inefetividade das propostas. Em outras palavras, todos são componentes inseparáveis do *Habitat*, traduzindo-se essa qualidade na expressão sustentabilidade.

Da forma exposta nos parágrafos acima, as necessidades humanas poderão ser atendidas de forma sustentável, ou seja, pela definição tradicional, suprindo as gerações presentes sem comprometer as gerações futuras.

Nessa busca de proporcionalidade e sustentabilidade, afastam-se desejos isolados, gerando efeitos públicos, que se traduzem em benefícios mútuos e agregam valor sustentável. Com isso, é exigida e favorecida a integração dos três setores (público, sociedade civil organizada) e dos indivíduos da comunidade em geral, o que acarreta convergência e formação de redes de cooperação.

As perspectivas expostas nos parágrafos acima passam a ser verdadeiros critérios, aptos a mensurar o desenvolvimento harmônico e sustentável. Isso porque teremos o desenvolvimento em decorrência do atendimento da gama de necessidades, a harmonia através das redes de cooperação e a sustentabilidade, em virtude da geração de impactos proporcionais nos eixos econômico, social e ambiental.

Além das normas previstas nos ordenamentos jurídicos, dezenas de conferências, congressos e audiências públicas são realizadas para estabelecer princípios e diretrizes a serem seguidos por ocasião da elaboração de políticas públicas. Dentre elas, importante destacar as audiências públicas realizadas em todas as regiões funcionais do estado, pelo Programa Sociedade Convergente, da Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, no ano de 2008. No eixo temático - desenvolvimento harmônico e sustentável -, foi construída a seguinte definição, que resume o exposto acima:

> Desenvolvimento Harmônico e Sustentável é o processo evolutivo da sociedade, efetivo, dinâmico e articulado, que gera como resultados o pensamento e atuação sistêmicos, a melhora do bem-estar econômico, político, socioambiental e cultural das comunidades e a paz, interna e externa, buscando atender integralmente as necessidades humanas, com impactos proporcionais nos 3 (três) eixos da sustentabilidade e através da participação cooperativa dos 3 (três) setores e da comunidade em geral, o que propicia a utilização racional e equilibrada dos meios necessários, considerando as especificidades regionais. 10-11

Cabe refletir: O que deve ser feito para que essas normas e orientações possam, efetivamente, gerar o desenvolvimento harmônico e sustentável?

Como já foi referido, mostra-se efetivo fomentar a adoção de metodologia de planejamento e gestão sistêmicos que pode ser definido, resumidamente, como a metodologia de gestão que busca alterar da percepção e atuação mecanicista e reducionista (que priorizam as partes) para o pensamento e atuação sistêmicos (que beneficiam a população global como um todo, uma vez que decorrentem da compreensão das interconexões existentes no sistema), mapeando e integrando necessidades, possibilidades e atividades relativas a um foco prioritário de atuação, de forma a gerar desenvolvimento harmônico e sustentável[12-13].

O foco prioritário, ou seja, o estabelecimento de um tema mais específico, como, por exemplo, a prevenção, o tratamento e a repressão às drogas, especialmente o crack, é crucial para efetividade e geração de efeitos públicos. Isso porque, a partir desse foco, que deve refletir uma prioridade de enfrentamento, é possível mapear as necessidades (não apenas fisiológicas, mas também psicológicas e de auto-realização do usuário, da sua família e das pessoas integrantes da rede formada para cumprir a missão estabelecida), as possibilidades (potenciais vinculados ao três setores e os indivíduos da comunidade em geral, que estão disponíveis para atender essas necessidades, com impactos proporcionais nos três eixos da sustentabilidade) e atividades (ações que estão sendo executadas e se relacionam ao atendimento das necessidades). Dessa maneira, podemos atuar de forma local, mas com uma visão global, no sistema no qual estamos interferindo. Em outras palavras, é o pensamento sistêmico, atuando de forma sistêmica, com efetividade, uma vez que concentra isso em um tema específico, que tem causas e conseqüências sistêmicas.

Nesse contexto, pode-se definir os efeitos públicos como sendo modificações ocorridas no contexto sistêmico em decorrência do planejamento e gestão sistêmicos. Alterações no mundo dos fatos e na compreensão do sentido da vida, que afastam o interesse individualista e aproximam o interesse público, evidenciando-se em efetividade, sustentabilidade e Paz, interna e externa. Interna, porque passa a orientar a percepção dos indivíduos, remediando às causas do crescente desrespeito à natureza e à dignidade humana. Externa, porque esta paz interna se exterioriza em comportamentos que impactam positivamente o sistema como um todo.

Levando em consideração que o Estado pode atender algumas necessidades, mas o afeto é tarefa primordial da família e surge nas relações mais próximas (na comunidade, no trabalho, etc.), bem como que a harmonia é definida como a paz entre as pessoas, boa disposição das partes de um todo, proporção, podemos afirmar que deve ser dada prioridade à formação de redes de cooperação, com a participação dos três setores e dos indivíduos da comunidade em geral. Desse modo, possibilita-se a inclusão das pessoas, principalmente naquelas ações nas quais se sentem entusiasmadas, fazem a diferença na sociedade, sendo, por isso, lembradas, reconhecidas e valorizadas. Assim, os membros da sociedade constatarão que são úteis no contexto maior, o que aumenta a motivação na

busca de aperfeiçoamento, gerando sustentabilidade e paz social, econômica e ambiental. Isso propicia a conscientização da co-responsabilidade e a compreensão do binômio dever-direito, despertando a noção de contexto e afastando práticas imediatistas baseadas exclusivamente na punição ou vitimização (que geram um ciclo de extremos). Fortalece, assim, o pensamento sistêmico, permitindo o alinhamento dos indicadores que já são utilizados de forma isolada pelas instituições, de modo a propiciar um escopo otimizador dos recursos necessários para atingir os objetivos comuns. Em outras palavras, produz um ciclo de equilíbrio e harmonia, que favorece o despertar da consciência da unidade sob a aparente contrariedade, tornando o escopo apto a atingir a missão.

Em termos mais amplos, esse contexto permite o acesso a recursos aptos a implementar ações (voluntariado, Agenda Habitat 14, CAIXA, BNDES - Redes Sociais, etc.), bem como garante o cumprimento de diversos Tratados, Convenções, Pactos e Planos de Ações das várias Conferências das Nações Unidas (Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, Convenção Sobre os Direitos da Criança, Plano de Ação da Conferência Mundial de População e Desenvolvimento, etc.) 15-16, além de outras diretrizes, nacionais e internacionais (The International IDEA – Local Democracy Assessment Guide 17; URBACT – An Aproach to a System of Indicators for Integrated Development Projects 18; Fundação Nacional de Qualidade – Fundamentos de Excelência 19; IDO – Índice de Diferenciação Organizacional 20; Programme for a New Regional Development Plan 21; etc.). Ademais, se o planejamento e gestão sistêmicos utilizarem metodologias, ferramentas e sistema de avaliação, poderão ser elaborados indicadores e índices de desenvolvimento sistêmicos, inclusive com prioridade àqueles que mensuram a qualidade das relações (densidade, amplitude, adensamento e enraizamento – segundo Gláucia Maria Vasconcellos Vale, em Territórios Vitoriosos) 22. Desse modo, diminui o risco dos investimentos efetivados no local 23, o que atrai recursos nacionais e internacionais para a região (inclusive aqueles voltados ao médio e longo prazo), gerando, com transparência, um ciclo de efeitos públicos (por exemplo, via investimento sistêmico da bolsa de valores, através do ISE - Índice de Sustentabilidade Empresarial da Bovespa, DJSI - Dow Jones Sustainability Indexes da Bolsa de Nova York; etc.).

Importante ressaltar que algumas instituições têm o dever constitucional de fomentar a geração de efeitos públicos e o desenvolvimento harmônico e sustentável, como, por exemplo, o Ministério Público. Para tanto, poderá fomentar a adoção de metodologias de planejamento e gestão sistêmicos através de medidas judiciais e extrajudiciais.

Através desse fomento, é possível dar efetividade aos ditames constitucionais no contexto sistêmico e induzir a implementação de políticas públicas orientadas por princípios e diretrizes construídos por ocasião de audiências públicas, conferências e congressos. Nesse sentido, durante à 1ª Conferência Nacional de Segurança Pública, realizada em agosto de 2009, em Brasília, o Ministério Público Brasileiro posicionou 8 princípios e diretrizes para orientar a construção da nova Política Nacional de Segurança Pública. Em primeiro lugar consta: "1) transversalidade e integração sistêmica com as políticas sociais, como forma de prevenção da violência e criminalidade;"

Quais instrumentos podem ser utilizados pelo Ministério Público para tirar essa orientação do papel e produzir efeitos públicos.

Primeiramente, deve-se melhorar a eficácia, eficiência e efetividade na atuação judicial, via celeridade processual e priorização de formas de intervenção nos procedimentos judiciais (priorizar aquelas atuações mais efetivas na geração de efeitos públicos).

Ademais, é possível a instauração, nas promotorias e procuradorias de justiça, de procedimentos administrativos, com o objetivo de fomentar a criação e adoção de programas e projetos que atinjam de forma sistêmica as principais causas e conseqüências do crescente desrespeito à natureza e à dignidade humana. Assim, é possível buscar a implementação de programas como, por exemplo, o PIM (Primeira Infância Melhor) e o PSF (Programa de Saúde da Família) e, mais especificamente, dentro desses programas (ou em projetos que abordam diretamente o tema) priorizar atuações que enfoquem questões como Planejamento Familiar[24], a prevenção ao consumo de crack e os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio[25-26]. Nessa mesma linha, exigir a efetividade das redes de proteção da criança, do adolescente, de suas famílias e das medidas sócio-educativas, afiguram-se medidas cabíveis. Igualmente, promover a criação e fiscalizar a gestão de planos diretores participativos nos municípios, fomentar projetos de gestão integrada dos recursos hídricos, entre outros, podem ser excelentes focos para atuação do Ministério Público.

Algumas dessas sugestões de atividades são objeto de projetos relacionados à Gestão Estratégica do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul (GEMP 2022)[27]. Além disso, foi criado no GEMP 2022 o Programa Redes de Cooperação. Este programa reúne um conjunto de projetos, com diversos focos (família, atendimento às mulheres vítimas de violência doméstica, mapeamento do capital social, entre outros), baseando-se na gestão de redes de cooperação, através de metodologia de planejamento e gestão sistêmicos. De maneira geral, são realizadas reuniões com representantes dos três setores e da comunidade em geral, que possuam conhecimento e/ou desempenhem atividades convergentes para atingir a missão estabelecida. Nessas reuniões, os participantes explicitam suas atividades e dificuldades, buscando pontos em comum, que se traduzam em benefícios para todos. Assim, é feito um mapeamento da situação e são estabelecidos encaminhamentos. Normalmente, a não efetividade da rede de atendimento, relativa ao foco em questão, decorre da falta de contato pessoal entre os integrantes e do

desconhecimento das atividades desenvolvidas. Em virtude disso, muitas vezes, o não atendimento à demanda acaba ocorrendo por questões burocráticas e há sobreposição de ações. Para resolver essas questões, são criados referenciais de contato e, algumas vezes, sistemas de referência e contra-referência. Além disso, são estabelecidos critérios para ingresso de demandas, como, por exemplo, a exigência de explicação por parte do médico que prescreve remédios fora da padronização ou exige urgência em procedimentos médicos. Nessa mesma linha de atuação, foi instaurado o Procedimento Administrativo 000852.00032/2009, que vem reunindo os principais atores relacionados à rede de saúde (municipal, estadual e federal), com redução em torno de 80% do ingresso de ações judiciais.

Outro projeto do GEMP é o que busca a implementação de diretrizes do plano nacional de promoção, proteção e defesa dos direitos das crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária - Rede Família (procedimento administrativo 00852.00003/09). Nesse, que possui foco nas crianças e adolescentes abrigados e suas famílias, os resultados obtidos produziram resultados acima do esperado. Contrariando as expectativas negativas decorrentes da expansão do Porto do Rio Grande, hoje as entidades de abrigo possuem vagas e o programa criado para implementar a metodologia tem servido de modelo para diversos estados.

Relativamente ao foco prioritário na prevenção, no tratamento e na repressão às drogas, especialmente o crack, foi instaurado o procedimento administrativo 00852. 00001/09. Em decorrência dele, já foram criados projetos, realizadas capacitações da rede, entre outras atividades. Além disso, está prevista construção, por ocasião de um seminário, da política sobre drogas no município do Rio Grande e, no mesmo momento, de dois projetos para implementá-la.

No âmbito estadual, junto ao Programa de Qualificação em Gestão Pública, foram realizadas palestras de 03 horas de duração em todas as regiões funcionais do estado, com o objetivo de replicar a metodologia aplicada no procedimento administrativo referido no parágrafo acima. O programa é uma realização da Federação dos Municípios de Rio Grande do Sul (FAMURS) em parceria com a Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Conta com apoio da Consultoria em Direito Público (CDP) e da Companhia Rio-Grandense de Artes Gráficas, sendo patrocinado pelo Banco do Estado do Rio Grande do Sul (Banrisul). Um dos objetivos gerais do programa é:

> Permitir esclarecimentos, mediante debate sobre temas e políticas de interesse comum à Administração Municipal e ao Ministério Público, motivando para uma caminhada em direção a melhoria contínua nos diversos processos de gestão, o que, sem dúvida, resultará em benefícios para a sociedade como um todo.

O sucesso foi tanto, que os municípios estão solicitando novas capacitações em planejamento e gestão sistêmicos, com duração superior à acima referida.

Essas são apenas algumas das formas possíveis de se atuar extrajudicialmente, que, pela efetividade, estão incentivando a formação de novas redes de cooperação, no município e fora dele.

Aliás, estas formas consensuais de fomentar a adoção de metodologias de planejamento e gestão sistêmicos poderão evitar demandas judiciais. O Ministério Público pode promover o inquérito civil e a ação civil pública para proteção, prevenção e reparação de interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis. Embora estejam sendo acolhidas por tribunais algumas alegações de ilegitimidade do Ministério Público e de que a intervenção do Poder Judiciário caracterizaria lesão ao princípio da separação dos poderes, entre outras, ditas "vitórias" por parte dos demandados não são, em verdade, sustentáveis a médio prazo. Notadamente, no que se refere às ações civis públicas para garantir interesses difusos e coletivos, afastar a legitimidade do Ministério Público acaba por aumentar as demandas individualizadas e, assim, dificultar o controle quanto ao ingresso de ações e a destinação dos recursos públicos despendidos para atender essas demandas. Essa situação agrava a situação do sistema, que causou a demanda até pela ausência de planejamento e gestão sistêmicos. Dessa forma, aumenta o ciclo de inefetividade, o que prejudica a todos, uma vez que o sistema acaba por se tornar instável. Ou seja, todos atuam de forma isolada e sem uma missão comum. Em decorrência disso, há desperdício de recursos, materiais e humanos. Assim, a ausência de planejamento e gestão sistêmicos vai se tornando causa e conseqüência desse ciclo, que, cada vez mais, vai ficando extremado. Nos extremos, aumentam as soluções imediatistas, que agridem, algumas vezes de forma criminosa, o interesse público. Quando isso ocorre, entram em cena os órgãos que possuem funções de repressão. Esses, se somente puderem atuar nessa fase, irão impactar apenas nas conseqüências, não tendo acesso às causas. Em outras palavras, o demandado afasta a possibilidade de uma instituição que visa ao interesse público atuar nas causas, na falsa idéia de estar resolvendo o seu "problema" e, em decorrência disso, cria uma situação que desagrega o sistema, porque não há como evitar as ações individuais. Como ele é um dos responsáveis pela gestão do sistema, será punido por uma instituição, que acaba tendo que reprimir, porque não teve oportunidade de orientar, ainda que seja através de uma ação judicial. É judicial, porque foi necessário uma terceira pessoa para dirimir as divergências. Discordâncias sempre existirão e fazem parte do processo criativo, mas o que mais importa é que os envolvidos, embora as divergências, mantenham o foco na missão comum, no caso o interesse público. Para evitar esse ciclo, todos devem participar, notadamente o Ministério Público, que possui atribuições de fomento e fiscalização de políticas públicas.

Por certo que a participação de todos deve ser de forma responsável. Contudo, para que os integrantes do sistema possam ser responsáveis nos seus atos (desenvolver o pensamento sistêmico), primeiramente, devem conhecê-lo. Assim, as informações do que está ocorrendo no sistema no qual se está interferindo são cruciais. Por isso, devem ser fornecidas, ainda que por via judicial. Aliás, participar do mapeamento da situação é necessário para fiscalização, não havendo como afastar esse dever-direito. Tomando conhecimento da situação, qualquer participante tem o dever-direito de demandar, para modificar condutas que não estão voltadas para o interesse público.

CONCLUSÃO

Diante da crescente inefetividade, insustentabilidade e ausência de Paz, interna e externa, para sociedade, não interessa quem faça, desde que faça. Faça algo que se traduza em efeitos públicos, de forma a remediar as causas e conseqüências do crescente desrespeito à natureza e à dignidade humana.

Aliás, já não há mais espaço para rótulos. Só é público, quem faz efeito público!

Soluções cartesianas e mecanicistas, extremadas e imediatistas, existem em todos os cantos. O que falta é uma reflexão sobre a importância de serem estabelecidas, conjuntamente, prioridades, para, a partir delas, atuar de forma sistêmica.

Relembramos que ao Ministério Público, instituição permanente, cabe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Nesse contexto, cabe refletir de que forma essa instituição poderá ser efetiva como fator de redução de conflitos e construção da paz social, tema do presente Congresso Nacional do Ministério Público, de modo a ser considerada indispensável e, assim, reconhecida e valorizada pela sociedade?

Por certo que não será atuando de forma cartesiana e mecanicista.

Parece ser mais efetivo e sustentável para todos, que o Ministério Público priorize a geração de efeitos públicos e o desenvolvimento harmônico e sustentável, através do fomento à adoção de metodologias de planejamento e gestão sistêmicos.

Mas não apenas isso, também é necessário que esses efeitos públicos sejam fruto das redes de cooperação, integrando os três setores e os indivíduos da comunidade em geral.

Isso porque parece que o que mais importa na vida é a qualidade das relações que estabelecemos com nossa consciência e com os seres vivos e objetos que interagimos.

Parece mais, parece que para nós atingirmos a efetividade, a sustentabilidade e a paz, interna e externa, é necessário que percebamos isso.

REFERÊNCIAS:

[1] Jung, C.G. O homem e seus símbolos. Rio de Janeiro: Nova Fronteira,2002;

[2] Dreher, Diane. O tao da paz: guia para a paz interior e exterior. Rio de Janeiro: Campus,1991;

[3] Kaplan, Robert S. e Norton, David P. Kaplan e Norton na prática. Rio de Janeiro: Elsevier,2004.;

[4] Revista Viver Mente&Cérebro. Edição nº 141. Outubro, 2004;

[5] Capra, Fritjof. As conexões ocultas. Ciência para uma vida sustentável. São Paulo: Cultrix, 2002;

[6] Crema, Roberto. Introdução à visão holística: breve relato de viagem do velho ao novo paradigma. São Paulo: Summus, 1989;

[7] Morin, Edgar. A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento. 15ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand, 2008;

[8] Maslow, Abraham, in Motivation and Personality. Ed. Ver. New York: Harper and Row. 1970. In Teorias da Personalidade. Fadiman, James e Frager, Robert. Editora Harbra Ltda. 2002;

[9] Hunter, James C. O monge e o executivo. Uma história sobre a essência da liderança. 22 ª ed. Rio de Janeiro: Sextante;

[10] Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Programa Sociedade Convergente. Caderno de Convergência – Relatórios finais. Projeto de Lei;

[11] Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Programa Sociedade Convergente. Caderno de convergência Fase I;

[12] Capra, Frijof. A Teia da vida. 16ª ed. São Paulo;

[13] Andrade, Aurélio. Pensamento Sistêmico: caderno de campo: o desafio da mudança sustentada nas organizações e na sociedade. Porto Alegre:Bookman,2006;

[14] Fernandes, Marlene. Agenda *Habitat* para Municípios. Rio de Janeiro: IBAM, 2003;

[15] Ventura, Miriam (org.); com a colaboração de Ikawa, Daniela; Piovesan, Flávia e Barsted, Leila Linhares. Direitos sexuais e direitos reprodutivos na perspectiva dos direitos humanos: síntese para gestores, legisladores e operadores do Direito. Rio de Janeiro: ADVOCACI, 2003;

[16] Teixeira, Elenaldo Celso. O local e o global: limites e desafios da participação cidadã. 3ª.ed.São Paulo: Cortez;

[17] Beetham, David; Carvalho, Edzia; Landman, Todd e Weir, Stuart. International IDEA-Institute for Democracy and Electoral Assistance – Assessing the Quality of Democracy – A Practical Guide. 2008;

[18] URBACT – An Aproach to a System of Indicators for Integrated Development Projects. http://urbact.eu/fileadmin/subsites/Medint/pdf/5.IntegrationIndicatorsSystem.pdf;

[19] FNQ – Fundação Nacional de Qualidade. Introdução ao Modelo de Excelência da Gestão. Cadernos de Excelência 2007;

[20] Revista Mundo PM. Editora Mundo. Número 15. Ano III. Junho/Julho 2007;

[21] Office of Regional Planning and Urban Transportation. Stockholm County Council. Regionplane – och trafikkontoret. Stockholms Läns Landsting. Programme for a new Regional Development Plan (RUFS 2010) – REPORT 16:2007;

[22] Vale, Gláucia Maria Vasconcellos. Territórios Vitoriosos: o papel das redes organizacionais. Rio de Janeiro: Editora Garamond, 2007;

[23] Ferreira, Luiz Francisco Rogé. O investidor em ação: gestão de investimentos para pessoas físicas. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2005;

[24] Nort, Egon. Planejamento Familiar: solução básica. Florianópolis: Ed. do Autor, 2002;

[25] Annan, Kofi. Road Map towards the implementation of the United Nations Millennium Declaration (Plano para execução da Declaração do Milênio das Nações Unidas. Documento A/56/326). Relatório do Secretário Kofi Annan. 2001;

[26] FÓRUM RS – Fórum Permanente de Responsabilidade Social do RS; FEE – Fundação de Economia e Estatística Siegfried Emanuel Heuser. Os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio nos Municípios do Rio Grande do Sul. Banco de Indicadores Sociais. CD-ROM. Maio de 2007;

[27] GEMP 2022 – Agenda de Gestão Estratégica do Ministério Público Estadual do RS.

054

TRANSPARÊNCIA, INEXISTÊNCIA DE SIGILO BANCÁRIO EM TRANSAÇÕES A PARTIR DE CONTAS DE ENTES PÚBLICOS JUNTO À INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS E EFETIVO O COMBATE À CORRUPÇÃO

Vinícius de Oliveira e Silva

Promotor de Justiça/MPTO

I. SÍNTESE DOGMÁTICA

Em uma República que enuncia em sua Carta Maior ser um Estado Democrático de Direito, os atos jurídicos dos entes públicos são, naturalmente, regidos pelo princípio da publicidade, que também está expresso com baliza constitucional para a Administração Pública. A transparência na gestão dos governos é regra exatamente para viabilizar o controle e a fiscalização dos administradores da *res publica*, o que deve ser efetivado pelo Ministério Público Brasileiro, pelas demais instituições legalmente incumbidas do controle externo e, outrossim, ativamente pela sociedade civil.

Sendo certa, pois, a relevância da ampla transparência nos negócios da Administração, os dados bancários de contas de entes públicos junto às instituições financeiras (saldos, extratos e *destino de transferências e pagamentos a partir de contas públicas)* são informações referentes a dinheiro público e, portanto, não se aplica aos mesmos o sigilo bancário, fundado no resguardo da intimidade e vida privada, mas sim o princípio constitucional da publicidade. Assim tais informações bancárias de entes públicos devem ser plenamente conhecidas pelas instituições controle (Polícia Civil, Polícia Federal, Ministérios Públicos Estadual e Federal, Tribunal de Contas, Ministérios Públicos de Contas) e pela sociedade civil, independentemente de justificativa ou de ordem judicial, objetivando-se um maior acompanhamento do uso do dinheiro público e combatendo-se, por conseguinte, a corrupção.

A pacificação do entendimento jurídico sobre a inexistência do sigilo bancário na espécie e a larga utilização das informações bancárias em controle preventivo e em investigações para ações repressivas, por todas as instituições públicas com atribuição de controle e pela própria população, é, segundo acreditamos, um importante passo para criação de uma cultura de transparência na gestão do dinheiro público.

II. FUNDAMENTAÇÃO

1. INTRODUÇÃO

O Padre Antonio Vieira, no ano de 1655, pregou na Igreja da Misericórdia de Lisboa um de seus mais famosos sermões: o *Sermão do Bom Ladrão ou da Audácia*. O corajoso e contundente discurso, que tem como tema central a desonestidade dos integrantes monarquia, permanece em tudo aplicável ao Brasil do Século XXI, com sua história contemporânea maculada pelos deletérias ilícitos de ímprobos agentes públicos.

Naquela época, o visionário Vieira advertia os ímprobos reis tratando-os como pecadores e conclamava o povo a meditar acerca do modo de condução do estado pelos monarcas e seus desmandos: Escreveu o padre: *"Não são só ladrões, diz o Santo, os que cortam bolsas, ou espreitam os que se vão banhar, para lhes colher a roupa; os ladrões que mais própria e dignamente merecem este título, são aqueles a quem os reis encomendam os exércitos e legiões, ou o governo das províncias, ou a administração das cidades, os quais já com manha, já com força, roubam e despojam os povos. Os outros ladrões roubam um homem, estes roubam cidades e reinos; os*

outros furtam debaixo de seu risco, estes sem temor, nem perigo; os outros, se furtam, são enforcados, estes furtam e enforcam.[1]"

Hoje, em nosso país de tantas realidades e de uma democracia ainda em consolidação, não é incomum depararmo-nos com atitudes de "representantes do povo" que mais se assemelham a atos de um príncipe absolutista, em completo descompasso com a fundamental noção de *res publica* e com a noção sobre quem é verdadeiro titular dos interesses e bens administrados: o povo.

O presente ensaio visa analisar o que entendemos ser a mais fundamental premissa para um efetivo controle das ações governamentais e para o combate à corrupção: *a ampla transparência dos atos da administração pública*.

Sabe-se que a vivência democrática só se concretiza com a participação popular nos negócios jurídicos do Estado e nas deliberações estatais, bem como que a prevenção e a repressão à corrupção depende do conhecimento, tanto pelo Ministério Público e pelas demais instituições incumbidas do controle externo, quanto por qualquer cidadão, de todos atos dos entes públicos e do acesso à informações dessa seara, tudo de modo a concretizar o princípio da publicidade.

Somente adotando essa perspectiva será possível lançar luzes sobre os atos ilegais praticados cotidianamente por gestores desonestos e viabilizar um tratamento de, no mínimo, igual desvalor entre o "furtador de bolsas" e o "ladrão de cidades e reinos", como profetizou Vieira.

2. O REPUBLICANO E DEMOCRÁTICO DEVER DE TRANSPARÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O artigo 1º da Constituição Federal estabelece que o Brasil é uma República, constituindo-se em um Estado Democrático de Direito.

O termo república, como é sabido, tem sua origem na concepção de "coisa do povo e para o povo", ou seja, *res publica*.

A forma republicana de governo – ou seja, a maneira como se dá a instituição do poder na sociedade e como se dá a relação entre governantes e governados[2] – se opõe a monarquia, porquanto nessa a acessão ao torno é automática, hereditária e vitalícia e o monarca não tem responsabilidade política, não possuindo obrigação de prestação de contas de seus atos aos súditos, enquanto naquela os mandatos dos chefes de governo são temporários, decorrentes de eleição e há responsabilidade do governante na administração de um patrimônio comum, com inerente dever de prestação de contas ao povo e às instituições de controle.

De outro lado a democracia é o regime político[3] "do povo, pelo povo e para o povo" (Lincoln). O conceito clássico, entretanto, não se implementa sem a noção de que a democracia existe materialmente se o povo possuir, além de liberdade de voto, liberdade de informação e de manifestação[4], exatamente para ser possível a formação de uma opinião sólida e o exercício da fiscalização dos governantes visando verificar se, realmente, os representantes do povo exercem com fidelidade o mandato que receberam.

Do contrário, permaneceremos eternamente na situação apontada Sérgio Buarque de Holanda em "Raízes do Brasil": *"A democracia no Brasil foi sempre um lamentável mal-entendido. Uma aristocracia rural e semifeudal importou-a e tratou de acomodá-la onde fosse possível, aos seus direitos ou privilégios, os mesmos privilégios que tinham sido, no Velho Mundo, o alvo da luta da burguesia contra os aristocratas. E assim puderam incorporar à situação tradicional, ao menos como fachada ou decoração externa, alguns lemas que pareciam os mais acertados para a época e eram exaltados nos livros e discursos.*[5]"

É dizer: a participação popular somente será realmente relevante para o amadurecimento da democracia se for exercida depois da plena utilização do direito de informação acerca dos atos da administração pública. Após o amplo conhecimento dos negócios do Estado é que se poderá realmente dizer que "todo o poder emana do povo".

Assentadas em brevíssimas linhas as idéias básicas acerca do princípio republicano e do regime democrático, cumpre introduzir um dos corolários dessas concepções: a ampla publicidade dos atos estatais.

Deveras, se as atuais balizas constitucionais do Estado Brasileiro estão ancoradas naquelas concepções históricas constitucionais, fácil concluir que o primeiro dever de todo governante público é o dever de prestar contas do que executa, permitindo a transparência nos negócios do ente público que administra.

Hoje sociólogos descrevem a existência da chamada "sociedade informacional", resultado de profundas transformações no modo de produção ante a central importância da informação nas relações sociais, superando-se

---

[1] VIEIRA, Antonio. *Sermões Escolhidos*. Sermão do Bom Ladrão ou da Audácia. São Paulo: Martin Claret, 2004.

[2] DA SILVA, José Afonso. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2006. p.34.

[3] Segundo José Afonso da Silva, Regime Político *"é um complexo estrutural de princípios e forças políticas que configuram determinada concepção do Estado e da Sociedade, e que inspiram seu ordenamento jurídico"* (*Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006. p.124) Assim, de acordo com o escala de participação do povo nos negócios do Estado, pode-se ter estruturas autocráticas ou democráticas.

[4] CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Apontamentos de Direito Constitucional*. São Paulo: Paloma, 2002. p.51.

[5] HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1982. p. 119.

a antiga sociedade industrial, essa calcada tão-somente na relevância dos recursos naturais e no capital financeiro. Pois bem, na chamada Era da Informação é comum depararmo-nos com alegações de sigilo, restrições ao acesso a dados públicos ou regulamentações que frustram por via transversa o conhecimento pleno acerca de atos de entes estatais. Lamentavelmente o país está repleto de administradores públicos, em todos os Poderes, que desprezam o dever de informar até mesmo à instituições de controle e à imprensa.

Cuida-se da denominada "opacidade informacional" ou "fator opacidade", ou seja, a ausência de transparência, que, em muitos casos, é usada exatamente como biombo para práticas corruptas, sendo constatável que quanto mais corrupto um governo, menor é o grau de transparência de seus atos.

A transparência na condução dos governos é, portanto, dever inerente à função pública, sendo preciso que os "administradores reconheçam que as informações lhe são apenas confiadas pela sociedade e que eles não são donos das informações públicas"[6].

3. O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

Com a superação do período ditatorial no Brasil, o legislador constituinte buscou estabelecer, na Carta de 1988, uma normatização da publicidade consentânea com a democracia. Tal viés foi determinado, assim como outros que constam da Constituição Cidadã, porque inúmeros desmandos do regime de exceção ocorreram na penumbra do desconhecido, à sorrelfa, na obscuridade dos segredos. Como observou o Ministro Marco Aurélio no julgamento do mandado de injunção nº 284-DF:

> "alguns dos muitos abusos cometidos pelo regime de exceção instituído no Brasil em 1964 traduziram-se dentre vários atos de arbítrio puro que o caracterizaram, na concepção e formulação teórica de um sistema claramente inconveniente com a prática das liberdades públicas (...) ao privilegiar e cultivar o sigilo, transformando-o em 'praxis' governamental institucionalizada, frontalmente ofendeu o princípio democrático, pois, consoante adverte Norberto Bobbio, em lição magistral sobre o tema (O Futuro da Democracia, 1986, Paz e Terra), não há, nos moldes políticos que consagram a democracia, espaço possível reservado ao mistério. O novo estatuto político brasileiro – que rejeita o poder que se oculta e não tolera o poder que se oculta – consagrou a publicidade dos atos e das atividades estatais como valor constitucionalmente assegurado, disciplinando-o como expressa ressalva para as situações de interesse público, entre os direitos e garantias fundamentais. A Carta Federal, ao proclamar os direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º), enunciou preceitos básicos, cuja compreensão é essencial à caracterização da ordem democrática como um regime do poder visível, ou na lição expressiva de Bobbio, como 'um modelo ideal do governo público em público" (RTJ nº 139/713)

É consabido que o artigo 37, prevê que a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá, dentro outros, o princípio da **publicidade** e, portanto, a norma consagra que o ordinário é não haver sigilo acerca de quaisquer atos administrativos[7].

A própria Carta Maior estabeleceu outrossim regras que são verdadeiros desdobramentos do princípio da publicidade, especialmente o direito a informações (artigo 5º, inciso XXXIII), o direito a certidões para defesa de direitos e esclarecimentos de situações pessoais (artigo 5º, inciso XXXIV, b), o direito ao *habeas data* (artigo 5º, inciso LXXII), a necessidade de que os julgamentos do Poder Judiciário sejam públicos (artigo 93, IX), a exigência de julgamentos administrativos dos Tribunais serem realizados em sessão pública (artigo 93, X), entre outros.

A efetividade porém da publicidade requer uma facilitação e modernização dos fluxos de informação, até mesmo uma mudança da mera posição passiva e burocrática para uma postura ativa pela administração. Esclarece a doutrina especializada:

> "As reformas administrativas levadas a cabo na última década em muitos países do mundo, até mesmo no Brasil – tanto pela vertente gerencial da chamada nova administração pública como pela vertente democratizante das chamadas administrações democráticas-populares –

---

[6] ECCLESTONE apud SPECK, Bruno Wilhelm. *Caminhos da Transparência.* Campinas: Editora Unicamp, 2002. p. 382.

[7] Nas eternas palavras de Hely Lopes Meirelles: *"A publicidade, como princípio de administração pública, abrange toda atuação estatal, não só sob o aspecto de divulgação oficial de seus atos como, também de propiciação de conhecimento da conduta interna de seus agentes. Essa publicidade atinge, assim, os atos concluídos e em formação, os processos em andamento, os pareceres dos órgãos técnicos e jurídicos, os despachos intermediários e finais, as atas de julgamento de licitações e os contratos com quaisquer interessados, bem como os comprovantes de despesas e as prestações de contas submetidas aos órgãos competentes. Tudo isso é papel ou documento público que pode ser examinado na repartição por qualquer interessado, e dele pode obter certidão ou fotocópia autenticada para fins constitucionais.* MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro.* São Paulo: Malheiros, 2000. p.89.

> evidenciam uma nova compreensão de gestão pública e o reconhecimento da importância central de uma gestão consciente dos fluxos de informação. Tornou-se cada vez mais evidente que os órgãos públicos não podem mais se restringir a reagir – de forma passiva – às demandas de informação, mas precisam assumir uma postura pró-ativa, considerando a gerência e disponibilização de informações uma função essencial do serviço público. Um aspecto importante refere-se à opacidade informacional da selva burocrática, que impossibilita ao cidadão chegar sem maiores problemas às informações requisitadas. Em geral, ninguém fora do governo compreende o funcionamento e a complexidade da gestão das informações nos órgãos públicos. Por isso, é indispensável que as administrações coloquem à disposição do público os índices internos e os catálogos que informam o cidadão sobre qual departamento é responsável por o quê, qual departamento deve dispor de que tipo de informação referente a certo assunto, para que o cidadão possa encaminhar seus pedidos de forma mais eficiente."[8]

Em suma: é dever do administrador e direito do cidadão a absoluta transparência nas gestões de entes públicos, sendo obrigação basilar do governante dar publicidade aos atos oficiais e, ao menos, atender, com presteza, requerimentos de informações de cidadãos e/ou órgãos da imprensa privada ou requisições de instituições de controle, sendo que, somente com a facilitação no acesso a tais dados e o surgimento de uma nova cultura de publicidade, é que se poderá estabelecer uma relação de respeito da população com os seus representantes.

4. OS CUSTOS SOCIAIS DA CORRUPÇÃO

A palavra corrupção advém do latim *rumpere*, que significa romper, dividir, surgindo daí a expressão *corrumpere*, que equivale a deteriorar, depravar.

Historicamente sempre desaprovada nas sociedades civilizadas, a corrupção é um dos grandes flagelos de nossa época.

Exatamente por deteriorar as funções do próprio Estado, a corrupção é deveras prejudicial ao meio ambiente, aos direitos humanos, às instituições democráticas e ao tão necessário implemento dos direitos sociais, sendo certo que, para alimentar a ganância de alguns, a improbidade gera o aumento da pobreza (e de suas sabidas consequências) de milhões de pessoas no mundo.

A organização não-governamental *Transparency International* publica o conhecido Índice de Percepções de Corrupção[9], sendo certo que, no ano de 2006, o Brasil figurou na posição de número 70 - de um total de 154 países –, recebendo nota 3,3 (numa escala de 0 a 10), afastado, portanto, muitas posições dos percebidos como menos corruptos, a Finlândia, a Islândia e a Nova Zelândia. Tal estudo, apesar de não ser uma constatação precisa do número de atos corruptos - até pela impossibilidade de se conhecer os atos ilícitos que tendem a permanecer na clandestinidade –, é uma referência para se chegar a triste conclusão que temos um caminho longo a percorrer para atingirmos um nível de honestidade aceitável.

Penso que um dos sentimentos que devemos estripar de nossa sociedade é de que a corrupção é pouco, ou menos, lesiva que outros ilícitos.

É difundido no imaginário popular que a periculosidade é atributo exclusivo de indivíduos que cometem crimes mediante violência ou grave ameaça à pessoa. Não é incomum também a utilização de argumentos de criminalistas no sentido de que o cárcere deve ser reservado para pessoas perigosas, referindo-se aqueles criminosos habituais que ofendem a vida ou a integridade física de outrem com suas próprias mãos.

Tal ideologia está estampada inclusive no Código Penal que prevê no artigo 44 a aplicação de penas restritivas de direitos (penas alternativas) para condenados a penas privativas de liberdade não superiores a quatro anos, *desde que não cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa,* o que acaba por beneficiar, por exemplo, condenados por peculato, corrupção ativa e passiva, entre outros crimes contra a administração pública.

Se é certo que um homicida ou um assaltante é nocivo ao corpo social, pois lesa uma a vida ou saúde de um cidadão, com muito mais razão é correto dizer que um gestor que desvia milhares ou milhões de reais dos cofres públicos é responsável pela morte nas filas dos sucateados hospitais, pela falta de saneamento básico que condena os carentes a doenças medievais, ou pela precariedade das rodovias que gera acidentes fatais, ou seja, pela dolorosa morte de vários inocentes brasileiros.

O ilustre Promotor de Justiça Emerson Garcia em profundo artigo acerca do tema anota que, segundo um estudo do Banco Mundial, publicado na Revista Veja nº 1.491 de 14.03.2001, se diminuídos os níveis de corrupção pela metade, ocorreria a redução dos seguintes fatores de lesão social: a) mortalidade infantil – 51%; b) desigualdade na distribuição de renda – 54%; c) porcentagem da população que vive com menos de dois dólares por dia – 45%. E conclui o nobre colega: *"Esse ciclo conduz ao estabelecimento de uma relação simbiótica entre corrupção e*

---

[8] SPECK, Bruno Wilhelm. *Caminhos da Transparência.* Campinas: Editora Unicamp, 2002. p. 379/380.

[9] http://www.transparencia.org.br/miscelanea/cpi-2006.pdf. Acesso em 02 de maio de 2009.

comprometimento dos direitos fundamentais do indivíduo. Quanto maiores os índices de corrupção, menores serão as políticas públicas de implementação dos direitos sociais"[10].

Diante dessas ponderações é irrefutável a conclusão de que a periculosidade ou a lesividade social da atuação de gestor corrupto é muitas vezes maior que a periculosidade de um assaltante ou seqüestrador, não se compreendo, nessa quadra da história nacional, a tibieza no tratamento repressivo dos ímprobos, muitas vezes considerados, inclusive pelo Poder Judiciário, como não ofensores da ordem pública.

5. AS CONTAS BANCÁRIAS DE ENTES PÚBLICOS E A INEXISTÊNCIA DE SIGILO BANCÁRIO EM FACE DA TRANSPARÊNCIA DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

5.1. A Perspectiva Teleológica do Sigilo Bancário

Historicamente, pode-se anotar que o sigilo bancário é costume surgido na Grécia Antiga, na prática de se efetuar a guarda, nos templos religiosos, de dinheiro, realizando-se aqueles locais inclusive atividades bancárias. Tais atividades, assim como as cerimônias religiosas eram consideradas sagradas. Os romanos, séculos depois, forjaram o conceito jurídico de segredo e o tema foi positivado em diplomas jurídicos ao redor do mundo[11].

No Brasil a primeira norma que tratou do tema foi a Lei 556 de 1890 que equiparou os banqueiros aos comerciantes em geral, estendendo-lhes o princípio da garantia do segredo no comércio.

Na atualidade discute-se se o sigilo bancário teria ou não *status* constitucional, especificamente se estaria abarcado no inciso XII, do artigo 5º da Carta Maior que estabeleceu o segredo na comunicação de "dados"[12]. Sem adentrarmos nessa discussão, que foi objeto do MS nº 21729-DF, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, é certo que a leitura integral do dispositivo permite concluir com facilidade que os dados referidos no inciso XII são aqueles referentes a liberdade de comunicação dos cidadãos e não às informações bancárias[13].

Argumenta-se, de qualquer maneira, que o sigilo em questão seria derivado do direito à intimidade e vida privada, pois os dados bancários são capazes de espelhar as atividades econômicas da pessoa. Ensina Sérgio Covello:

> "Os Bancos, no exercício de seu comércio, adentram na vida privada de seus clientes e de outras pessoas, inteirando-se de dados os quais, não fosse o desempenho de seu mister, jamais teriam acesso, porque geralmente permanecem excluídos do conhecimento alheio. Na intimidade, incluem-se fatos de ordem espiritual como de ordem material, valendo ressaltar que o patrimônio e a atividade negocial de uma pessoa constituem, indubitavelmente, projeção de sua personalidade, máxime numa sociedade capitalista como a ocidental, e é muito compreensível que as pessoas tenham interesse em preservar esse aspecto da personalidade contra a indiscrição alheia."[14]

Nesse contexto, é de convir que o sigilo bancário é um instituto que tem como *ratio* a proteção de direitos da personalidade sendo, por sua própria natureza, aplicável às pessoas físicas ou jurídicas **privadas**, que tem intimidade/vida privada e atividade negocial a ser preservada.

5.2. O fator Opacidade e sua Relação com a Corrupção

Nas palavras de Peter Eigen integrante da *Transparency International: "a preocupação mundial com a melhoria dos níveis de governança e 'accountability*[15]*' nunca foi maior, seja no setor público ou privado, seja*

---

[10] GARCIA, Emerson. *A corrupção. Uma visão jurídico-sociológica.* Revista de Direito Administrativo, jul.set 2003. p.117.

[11] FOLMANN, Melissa. Sigilo Bancário e Fiscal. Curitiba: Juruá, 2004. p. 91.

[12] Art. 5º (...) XII – é inviolável o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

[13] Nesse sentido foi o voto do Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento do MS nº 21729: *"De minha leitura, no inciso XII da Lei Fundamental, o que se protege, de modo absoluto, até em relação ao Poder Judiciário, é a comunicação 'de dados' e não os 'dados', o que tornaria impossível qualquer investigação administrativa, fosse qual fosse. Reporto-me, no caso, brevitatis causa, a um primoroso estudo do a respeito do Professor Tercio Sampaio Ferraz Júnior."*

[14] COVELLO, Sérgio. *O sigilo bancário*. São Paulo: Leud, 2001, p. 156.

[15] *Accountability* é um termo da língua inglesa, sem tradução exata para o português que remete à obrigação de membros de um órgão administrativo ou representativo de prestar contas a instâncias controladoras ou a seus representados. Outro termo usado numa possível versão portuguesa é responsabilização dever de prestar contas. *Accountability* significa que quem desempenha funções de importância na sociedade deve regularmente explicar o que anda a fazer, como faz, por que faz, quanto gasta e o que vai fazer a seguir. Não se trata, portanto, apenas de prestar contas em termos quantitativos mas de auto-avaliar a obra feita, de dar a conhecer o que se conseguiu e de justificar aquilo em que se falhou. A obrigação de prestar contas, neste sentido amplo, é tanto maior quanto a função é pública, ou seja, quando se trata do desempenho de cargos pagos pelo dinheiro dos contribuintes.

nas organizações internacionais e não-governamentais. Hoje há uma crença universal de que o aumento da transparência pode levar não somente a níveis mais significativos de 'accountability', como pode fazer isso de maneira muito mais eficaz em termos de custo."

O movimento mundial pela transparência funda-se no fato de que probidade e transparência estão contrapostas à corrupção.

A diminuição da opacidade, por si só, é forte medida de prevenção à improbidade, porquanto joga luz nas práticas administrativas dos entes públicos e, consequentemente, desestimula – ante a maior possibilidade de apuração – fraudes de toda natureza.

Urge, pois, que os negócios estatais sejam absolutamente transparentes, a fim de realizar com plenitude o princípio constitucional da publicidade.

5.3. A Inexistência de Sigilo em Transações Bancárias de Entes Públicos

Assentadas as premissas que fundamentam o objetivo da garantia do sigilo bancário - quais sejam, a proteção da intimidade e da vida privada - e, de outro lado, certa a incidência do princípio da publicidade nos atos dos entes públicos, cabe analisar a questão das transações bancárias de entes públicos.

Realmente, os poderes, órgãos e instituições públicas (assim como qualquer pessoas físicas e jurídicas privadas) valem-se todos dos dias dos serviços bancários na condução de suas finanças. Aliás, em muitos municípios brasileiros, os grandes clientes dos bancos são, exatamente, as pessoas jurídicas de direito público.

Na atualidade, a legislação de regência do sigilo bancário é a Lei Complementar 105 de 10 de janeiro de 2001 que "dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências".

Tal diploma estabelece obrigação às instituições financeiras de preservar o segredo em relação aos dados de seus clientes. Entretanto, não existe qualquer consideração na norma acerca da hipótese de o cliente não ser uma pessoa física ou jurídica que tenha interesse em preservar sua intimidade ou vida privada, mas sim um ente público, que tem o dever de agir com total transparência de seus atos, em razão da determinação constitucional de publicidade.

Ora, é essa a questão que se coloca, pois, apesar de ser direito do cidadão saber com precisão sobre o patrimônio de um ente público (inclusive qual é o destino das verbas públicas), as instituições financeiras apegam-se às leis de sigilo bancário, criadas para resguardar interesses de particulares, para negar acesso a dados sobre dinheiro absolutamente público, criando ilegais óbices até mesmo para autoridades incumbidas da fiscalização do erário, como os Tribunais de Contas e os Ministérios Públicos.

Quando se cuidam de contas bancárias de entes da administração direta e mesmo de autarquias e fundações públicas parece indisputável o acerto da posição dos colegas Carlos Humberto Prola Júnior e Diogo Roberto Ringenberg, Procuradores do Ministério Público de Contas de Santa Catarina que afirmam:

> "...não há atividade privada a justificar a imposição do referido sigilo. Tudo o que estas representações do poder público fazem deve-se orientar pelo interesse público, o qual inclui a obrigação de prestar contas integralmente dos seus atos. Nestes casos, opor o sigilo bancário implica arvora-se de uma prerrogativa sem sustentação constitucional: a de realizar apenas meia-prestação de contas.
>
> Além disso, toda a Administração Pública está subordinada aos princípios constitucionais estabelecidos no art. 37 da Constituição Federal, dos quais destacam-se a moralidade e a publicidade.
>
> Neste contexto, deve-se atentar que a obrigação de prestar contas envolve os chamados princípios constitucionais sensíveis (art. 34, VII, d), os quais, quando não observados, permitem justificar inclusive a intervenção de um ente federado em outro, como meio de retomar a ordem constitucional. Isso assim é porque não se pode cogitar da existência de um Estado Democrático de Direito, como declarou o constituinte originário, quando algum dos partícipes da cena social, notadamente aqueles que assumem o *munus publicum* de gerir a *res publica*, pretenda negar aos demais o direito que possuem de saber como foi gerido aquilo que integra o patrimônio comum."[16]

Assim, as informações referentes aos recursos públicos que existem nas contas bancárias dos referidos entes públicos são eminentemente públicas, não devendo pairar sobre as mesmas nenhum segredo, mistério ou sigilo.

---

[16] PROLA JÚNIOR, Carlos Humberto; RINGENBERG, Diogo Roberto. *O sigilo bancário e os Tribunais de Contas.* In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (org.). *Controle externo: temas polêmicos na visão do Ministério Público de Contas.* Belo Horizonte: Fórum, 2008. p.228.

Impende ainda anotar que mesmo o sigilo bancário de particulares vem enfrentando um movimento em prol da flexibilização em diversos países do mundo[17] – exatamente em face da movimentação nos bancos de enormes numerários fruto dos mais diversos crimes (tráfico de entorpecentes, sonegação fiscal, corrupção, contrabando, lavagem de dinheiro) – e, assim, não se compreende pretender realizar uma indevida e ilógica aplicação do instituto do segredo bancário às contas públicas, sob pena de verdadeiro fomento da corrupção e proteção de interesses criminosos inconfessáveis.

Exsurge, pois, clara a incidência do princípio da publicidade em todos os atos da administração pública, inclusive e especialmente nas transações bancárias, e igualmente clara é a inaplicabilidade da garantia do sigilo bancário no que diz respeito às contas de entes públicos junto a instituições financeiras, pois, nesses casos, os bancos detém nada mais que informações públicas e não segredos comerciais ou aspectos da intimidade de um cidadão ou empresa.

5.4. O Acesso a Informações de Transações Bancárias de Entes Públicos pelo Ministério Público e por outras Instituições Fiscalizadoras.

O acesso a informações de transações bancárias feitas por pessoas jurídicas de direito público, notadamente, dados sobre saldos, extratos e *destino de transferências e pagamentos a partir de contas públicas*, é, portanto, decorrência do princípio da publicidade, até porque não se pode querer negar fiscalização ao *quantum* existe em uma conta bancária de ente público ou para quem foi feito pagamento ou transferência de dinheiro.

Assim, o Ministério Público e também outras as instituições de fiscalização devem ter, *independentemente de justificativa ou de ordem judicial*, a possibilidade de analisar as contas bancárias dos entes públicos, visando verificar o numerário em caixa, os valores que adentraram nas contas públicas e também cada operação de saída, bem como os destinos de tais valores.

Não se concebe, portanto, - num país que declara ser uma República e um Estado Democrático de Direito - que integrantes do Poder Legislativo, autoridades da Polícia Civil, Polícia Federal, membros dos Tribunais de Contas, Procuradores de Contas e notadamente os membros do Ministério Público Estadual ou Federal encontrem qualquer restrição ao acesso a dados de transações bancárias de contas de entes públicos.

5.5. O Acesso a Informações de Transações Bancárias de Entes Públicos por Qualquer Um do Povo

A completa tutela do patrimônio público, além de ser realizada pelas instituições públicas que representam e devem buscar incansavelmente o interesse da sociedade, deve ser feita também pela própria população. A participação da "sociedade civil organizada", segundo pensamos, está em franca ascensão e deve ser incentivada e respaldada pelo Ministério Público, visando com a máxima disponibilização de informações.

Assim, se os dados das contas bancárias são públicos e se a sociedade civil, por ela mesma, pode e deve fiscalizar o bom uso do patrimônio público, é evidente que qualquer um do povo tem o direito de ter acesso às movimentações bancárias de seu município e de seu estado por exemplo, até porque é o cidadão que está convivendo na *polis* e que tem, portanto, maiores possibilidades de verificar *in loco* a aplicação do dinheiro público, *v.g.* em obras, serviços ou ainda na existência ou não dos servidores públicos que constam na folha de pagamento.

A ampla publicidade de todos os negócios jurídicos do estado, inclusive dos dados bancários, é, em suma, essencial para a consolidação da democracia no país e, talvez, a melhor forma para se verdadeiramente falar, como cunhou Bobbio, em *"um modelo ideal do governo público em público"* e, consequentemente, reduzir os revoltantes casos de mal uso/desvio do dinheiro público, que poderá ser verdadeiramente aplicados na saúde, moradia e educação dos filhos da tão carente população brasileira.

6. CONCLUSÕES

O Estado Brasileiro, sendo uma República e um Estado Democrático de Direito, tem os atos jurídicos dos entes públicos que o compõe regidos pelo princípio da publicidade. A transparência na gestão dos governos é regra exatamente para viabilizar o controle e a fiscalização dos administradores da *res publica*, o que deve ser efetivado pelo Ministério Público Brasileiro, pelas demais instituições constitucional e legalmente incumbidas do controle externo e também pela sociedade civil.

---

[17] É sabido que o sigilo bancário é um dos grandes biombos para o circulação de capitais derivados de ilícitos, bem como quanto mais protetiva é a legislação acerca do sigilo, maior é atração de dinheiro de origem duvidosa. Na Suíça, as rígidas regras de proteção ao sigilo, foram flexibilizadas nas últimas décadas exatamente por pressão da comunidade internacional. Atualmente os governos estrangeiros podem solicitar pedidos judiciais de quebra de sigilo de contas, o que não acontecia no passado, permitindo-se, por exemplo o bloqueio das contas do ex-juiz Nicolau dos Santos Neto em Genebra.

O incremento de tal controle é necessário especialmente diante de uma situação social de extrema desigualdade e do completo desrespeito aos direitos sociais mais fundamentais, em prejuízo especialmente da população mais pobre, o que exige o mais eficaz e sério uso dos recursos públicos.

De outro lado, a corrupção – cínica e criminosamente - subtraí o tão necessário dinheiro público do erário e coloca grande parte do povo brasileiro abaixo da linha da pobreza, bem como condena à morte as crianças e idosos que necessitam dos combalidos serviços de saúde pública e assistência social, fazendo-se mister o incremento dos meios de fiscalização da utilização do patrimônio público.

Nesse contexto verifica-se que os dados bancários de contas de entes públicos junto à instituições financeiras (saldos, extratos e *destino de transferências e pagamentos a partir de contas públicas)* são dados públicos e, portanto, não se lhes aplica o sigilo bancário, fundado no resguardo da intimidade e vida privada, mas sim o princípio constitucional da publicidade. Assim tais informações bancárias devem ser plenamente conhecidas pelas instituições públicas de controle (Polícia Civil, Polícia Federal, Ministérios Públicos Estadual e Federal, Tribunal de Contas, Ministérios Públicos de Contas) e pela sociedade civil, independentemente de justificativa ou de ordem judicial, objetivando-se um maior controle do uso do dinheiro público.

A pacificação do entendimento jurídico sobre a inexistência do sigilo bancário na espécie e a larga utilização das informações bancárias no controle do erário - por todas as instituições fiscalizadoras e pela própria população - é, segundo acreditamos, um importante passo para criação de uma cultura de transparência na gestão do dinheiro público.

REFERÊNCIAS

BARBALHO, João. *Constituição Federal Brasileira – Comentário.* Rio de Janeiro: F. Briguiet e Cia., Editores, 1924. p. 407/8.

COVELLO, Sérgio. *O sigilo bancário*. São Paulo: Leud, 2001, p. 156.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Apontamentos de Direito Constitucional.* São Paulo: Paloma, 2002. p.51.

DA SILVA, José Afonso. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2006. p.34.

FOLMANN, Melissa. Sigilo Bancário e Fiscal. Curitiba: Juruá, 2004. p. 91.

GARCIA, Emerson. *A corrupção. Uma visão jurídico-sociológica.* Revista de Direito Administrativo, jul.set 2003. p.117.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil.* Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1982. p. 119.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa.* São Paulo: Saraiva, 2002. p. 99.

MEDEIROS, Sérgio Monteiro. *Lei de Improbidade Administrativa – Comentários e Anotações Jurisprudenciais.* São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003. p. 115.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2000. p.89.

PROLA JÚNIOR, Carlos Humberto; RINGENBERG, Diogo Roberto. *O sigilo bancário e os Tribunais de Contas.* In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (org.). *Controle externo: temas polêmicos na visão do Ministério Público de Contas.* Belo Horizonte: Fórum, 2008. p.228.

SPECK, Bruno Wilhelm. *Caminhos da Transparência.* Campinas: Editora Unicamp, 2002. p. 379/380.

VIEIRA, Antonio. *Sermões Escolhidos*. Sermão do Bom Ladrão ou da Audácia. São Paulo: Martin Claret, 2004.

058

O CRÉDITO E O EMPRÉSTIMO CONSIGNADO

Ciro Expedito Scheraiber

Procurador de Justiça/CAOPCON/PR

Justificativa: O crédito tem sido o propulsor do consumo nos tempos modernos, notadamente com a revolução industrial em que a produção seriada recorre à necessidade de uma oferta massificada. Como no Brasil a regulamentação do empréstimo consignado intensificou a outorga forçada do crédito, o fenômeno do superendividamento se tornou realidade preocupante, até porque os bancos credenciados estão livres para a prática de juros à taxa de mercado, porque integrantes do sistema monetário nacional. A partir desse fenômeno, por trazer características deletérias à normalidade do mercado, é que se pretende com as conclusões propostas neste estudo, algumas alterações legislativas que proporcionem uma maior regularidade dessa atividade.

"A crise atual é um produto de um longo período de negligência quanto aos interesses dos consumidores nos mercados de crédito e de uma inadequada regulação dos fornecedores de serviços financeiros. Nos últimos vinte anos, nós testemunhamos o contínuo enfraquecimento da proteção do consumidor, em nome da chamada tutela da "eficiência" dos mercados "livres" (free and efficient markets). A falha desta maneira de abordar o problema, que foi adotada globalmente no mercado de crédito, é agora evidente e fala por si só. Esta não e uma crise nascido da oferta de crédito a pessoas com baixa renda, mas uma crise causada por lhes ter sido oferecido produtos e serviços de crédito de modo irresponsável, falhando-se na proteção dos seus interesses de longo prazo neste mercado"[1].

*Excerto da "**Declaração de Londres** sobre a Crise Mundial de Crédito, expedida pela "Coalizão Européia para o Crédito Responsável" (European Coalition for Responsible Credit) e do "Dívidas Batem a Nossa Porta" (Debt on our Doorstep).*

I – INTRODUÇÃO

O Empréstimo Consignado, tido como necessário para o incremento da economia, alcançou importância ímpar, por atingir categorias e classes de pessoas no mercado de consumo induzindo-lhes ao acesso do crédito.

Às instituições financeiras proporcionou segurança na concessão do crédito, por livrá-las dos riscos da inadimplência, já que os descontos são automática e peremptoriamente lançados nas contas salário, pensões ou proventos dos trabalhadores, dos aposentados e pensionistas do INSS.

Para proporcionar efetividade à implementação dessa modalidade de crédito, houve aumento da malha de captação desse crédito, com o credenciamento de outras pessoas jurídicas (correspondentes bancários) nos lugares mais distantes, alcançando um número cada vez maior de pessoas que oferecem condições de ingressar no sistema.

Em contrapartida, contribuiu decisivamente para o surgimento do fenômeno recente, que se não causado pelo empréstimo consignado, por certo contribuiu sobremaneira, que é o endividamento sistêmico dos "beneficiados"

[1] Versão livre e autorizada para o português realizada por Walter Moura, Secretário Geral do Brasilcon e Advogado em Brasília. Revisão de Claudia Lima Marques, Diretora do Brasilcon e Professora Titular da UFRGS, ", **in** Revista de Direito do Consumidor, Ano 17, n. 68, out-dez/2008, RT, SP, p. 378).

por essa modalidade de outorga do crédito, o chamado superendividamento dos consumidores, sem olvidar do incremento do lucro fácil das empresas de finanças de outro.

É nessa linha de análise que realizamos este estudo, perpassando pela principal conseqüência deletéria, o superendividamento, com proposições de providências legais e jurídicas que, se de um lado levaria à diminuição de lucro excessivo e fácil das financeiras e entidades bancárias, por outro daria maior segurança aos consumidores desse serviço.

II – O CRÉDITO E O EMPRÉSTIMO CONSIGNADO. OBJETIVOS.

Importa referir à divisão dada por Comparato, citada por Cláudia Lima Marques e Rosângela Lunardelli Cavallazzi[2], em livro que coordenam, acerca da história econômica da humanidade em três idades: a da troca, a da moeda e, modernamente, a do crédito, para mostrar a importância deste último fenômeno no mercado de consumo.

O crédito assumiu importância tal para o mundo moderno, que é tido como "mercadoria" de oferta por José Reinaldo Lima Lopes[3], ao prefaciar a obra coordenada pelas juristas acima citadas.

E tal ocorre pela produção industrial em série, em que a oferta de produtos de variadas espécies é produzida de forma a impulsionar o seu consumo também massivo[4].

Se de um lado a oferta de crédito se dava com maior ou menor intensidade por algum segmento econômico, em que o consumidor daria preferência para alcançar bens de maior relevância, tal como um imóvel, hoje ele se dissemina de forma a que o consumidor o utilize para adquirir os mais comezinhos bens do dia a dia, pela facilitação na sua concessão, a exemplo daqueles operados por cartões de crédito.

O empréstimo consignado popularizou, por assim dizer, o empréstimo formal, regulado que foi pela Lei 10.820/03, e representa, nos dias atuais, o carro chefe do dinheiro fácil, por intermédio de contratos de mútuos, em que os juros não são fixados prévia e legalmente, mas ao sabor da média praticada no mercado, já que as entidades do sistema financeiro não se vinculam às disposições que limitam o juro legal.

E como se dá o mútuo, em ligeiro resumo, em nosso país, hoje?

No aspecto jurídico, em condições legais se opera de duas formas: ou pelo empréstimo de quem não tem autorização do Banco Central e o faz com dinheiro próprio, dentro das condições de juros legais que permite a Lei da Usura (Decreto-Lei 22623/33) e do Código Civil (art. 406, c/c 591, 592, I, II e III e 161, § 1º do Código Tributário Nacional), ou porque os mutuantes possuem autorização legal para operar como financeiras ou entidades bancárias, e aí operam com juros da taxa média do mercado, porque permite a Lei que trata do Conselho Monetário Nacional (Lei 4595/64).

Mas no Empréstimo Consignado os juros praticados não são aqueles corriqueiramente pagos pelos bancos aos consumidores, quando tomam dinheiro do mercado, os juros chamados legais de 1% ao mês, mas os de percentuais bem acima da taxa mensal do juro legal, ainda que às vezes praticados em patamares menores que os lançados nos mútuos convencionais.

III – O QUE LEVA À OUTORGA DO CRÉDITO FACILITADO. PRÓS E CONTRAS

Variados podem ser os objetivos do empréstimo consignado, mas o objetivo principal é o de favorecer as entidades financeiras que o operam, pois estarão, com certeza, angariando lucro seguro, além de elevado.

Aquele de reduzir os juros no contrato de mútuo por essa modalidade, em verdade se constitui em conseqüência natural da elevada garantia que lhe favorece, ou seja, ausência de inadimplemento, ou inadimplemento insignificante.

Mas, se a entidade que concede o empréstimo não sofre risco importante do inadimplemento, não significa que o mutuário esteja infenso a se endividar, pois uma vez assinado o contrato, não pode mais revogá-lo, porque a lei o obriga de forma peremptória, mediante o desconto em folha.

O consumidor bancário premido pelo comprometimento sem volta de seus vencimentos, recorre a outros meios de captação de dinheiro, inclusive sujeitando-se a agiotas e criminosos que, aproveitando-se da situação, aplicam os já chamados "golpes do dinheiro fácil".

Vale a seguinte referência feita por Newton Freitas[5], de que "Obtido o empréstimo ou o financiamento, acertadas todas as bases, assinado o contrato regularmente e autorizado o empregador a fazer o desconto da

---

[2] MARQUES, Cláudia Lima. CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord). *Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e crédito.* SP, RT, 2006, p. 13

[3] LOPES, José Reinaldo Lima. Ob. Cit. p. 06.

[4] SCHERAIBER, Ciro E. *Mailing Lists e Direito do Consumidor.* .... Assim nos expressamos acerca do consumo massivo, proporcionado pelo marketing: "A complexidade da realidade e o atendimento ingente de necessidades similares proporcionou a chamada produção em série de produtos e a especialização da prestação de serviços. Em decorrência, novos métodos de comercialização, modernamente chamado de *marketing*, se tornaram instrumentos de colocação rápida e eficiente de produtos e serviços, donde a publicidade exerce papel destacado".

[5] FREITAS, Newton. Extraído de http://www.newton.freitas.nom.br/artigos.asp?cod=139 , com acesso em 06.04.2009.

parcela devida a cada mês, o empregado não pode mais cancelar ou revogar essa autorização, explica o ministro Vantuil Abdala (acesso em: 09.jul.2004). Os trabalhadores foram levados a um endividamento baseado em juros abusivos. Muitos trabalhadores tornam-se inadimplentes e têm seus nomes "sujos" no mercado de crédito. Desesperados, eles recorrem a agiotas e perdem ainda mais o controle de seus orçamentos. As operações de crédito mediante o desconto das prestações em folha de pagamento, criadas pela Medida Provisória nº 130, de 17 set. 2003, regulamentadas pelo Decreto nº 4.840, de 17 set. 2003, possibilitarão aos trabalhadores a reestruturação de suas contas, livrando-os da dívidas com o cheque especial, cartão de crédito e até mesmo de agiotas. A CUT vê essas operações como parte da discussão do próprio poder aquisitivo dos trabalhadores, avalia Luiz Marinho, presidente da Central Única dos Trabalhadores – CUT ("Juros na mesa de negociação", Folha de S. Paulo, São Paulo, 02 dez. 2003, p. A3)."

O segundo objetivo importante do Empréstimo Consignado, de tão exploratório e induzidor, que sob esse prisma leva ao lucro fácil e seguro, em parte induz o consumidor à inadimplência, por não suportar tanta carga sobre seus vencimentos, que os alimentados desejos de aquisição no mercado de consumo de bens, às vezes se transformam em verdadeiros pesadelos, cuja saída se apresenta traumática.

Nem sempre o consumidor cotidiano se reflete àquela situação da "Família Amorim" do quadro "Manda quem pode, obedece quem tem juízo", que o Fantástico, da rede Globo, exibe nos domingos, em que uma adolescente pertencente à família consegue fazer com que seus membros saiam do sufoco proporcionado pelas dívidas, com acompanhamento técnico. Ao depois, pela exposição da mídia, a família se tornou objeto de peça publicitária de banco, estimulando o "crédito responsável"[6].

A lei, então, se por um lado traz a exigência, como cautela, do empregado "por contrato expresso" autorizar e só por esse meio o desconto em folha, por outra traz segurança, na verdade, à instituição financeira, até porque o empregador figura como responsável solidário pelo pagamento da prestação referente ao empréstimo, financiamento, etc.

É certo, acreditamos, que essa regulamentação do empréstimo consignado é uma das muitas medidas que o governo proporciona para beneficiar os bancos e financeiras.

Tudo pelo lucro desmedido da instituição financeira, o chamado "spread"[7].

E veja que os bancos e financeiras tem um poder incomensurável, basta ver o que está ocorrendo com a chamada crise do setor financeiro, desencadeado pela quebradeira dos EUA.

O mundo socorre as instituições bancárias, por intermédio dos governos que estão injetando dinheiro para manter ou conservar as empresas sadias, para que o caos não se instale no meio econômico.

Isso porque o Estado não tem autonomia para operar nesse campo comercialmente, e se põe como um Estado fraco, refém do mercado.

Faço referência ao pensamento de Claus Offe trazido por TRAUMANN, Thomas. "O Novo Poder", in Revista Veja, edição de 8 de abril de 1998, páginas amarelas em entrevista com o sociólogo. Refiro que "a política de orientação e de direção das relações de consumo, partindo do Estado, está concertada com o estudo do sociólogo alemão Claus Offe de que o Estado, a liberdade de mercado e as ONGs formarão uma nova ordem social, pondo fim às ideologias. Diz: "A diminuição do Estado pela diminuição do Estado é um dogma assim como a defesa cega do estatismo. Um Estado bom não é um Estado pequeno, mas aquele que atende com mais eficiência aos anseios dos cidadãos". Acrescenta, entretanto, que "o excesso de poder do mercado afeta a confiança na democracia. Um Estado fraco começa a fazer o que as empresas quiserem. As pessoas se perguntam então para que serve a democracia se as decisões estão sendo tomadas onde não temos influência[8].

O empréstimo consignado, assim como várias outras questões de responsabilidade pública, nos parece que seja resultado de um Estado fraco para inibir o abuso dos empréstimos e do endividamento, que prefere, a despeito de acertar a atividade, regulamentá-lo, porém com forças não muito eficazes de inibição ou de prevenção.

IV – A REGULAMENTAÇÃO DO EMPRÉSTIMO CONSIGNADO

Inicialmente o desconto em folha de empréstimos, financiamentos e operações de arrendamento mercantil, possibilitado pela CLT, passou a ser regulado pela MP 130, de 17.09.03. Regulamentou tal MP o Decreto nº 4840, de 17.09.03.

---

[6] Consulte-se o site seguinte a respeito do caso do endividamento e da participação da família em peça publicitária de Banco: http://www.adonline.com.br/ad2005/rapidinhas_detalhe.asp?id=16647, com acesso em 09.04.2009.

[7] "*Spread* é uma palavra inglesa e, de tanto que os dicionaristas endividados a escutarão, provavelmente será aportuguesada em breve (aposte em algo como "esprede", com *e* aberto). O *spread* é a diferença entre o que o banco paga ao aplicador para captar um recurso e o quanto o banco cobrará para emprestar esse mesmo dinheiro. Um estudo de Alberto Borges Matias, diretor da consultoria ABM Group, com base em dados do FMI, mostra que o Brasil chegou ao título de maior spread bancário do mundo com grande folga sobre o segundo colocado, a Rússia. No Brasil, a diferença encontrada entre as taxas de aplicação e de captação chega a 29,4 pontos percentuais. "O *spread* brasileiro é mais de 12 vezes o *spread* chileno", assinala Matias, cujo levantamento enfrenta uma limitação apontada por técnicos do Banco Central – a falta de critérios homogêneos para cálculo do *spread* em diferentes países. Extraído de http://amanha.terra.com.br/edicoes/208/especial2.asp, com acesso em 30.09.2005."

[8] SCHERAIBER, Ciro Expedito. —*A economia e a política nacional das relações de consumo*, **in** "Direito e Sociedade", Revista do Ministério Público do Estado do Paraná, Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional, Vol. 1, Número 1, Setembro/Dezembro 2000, Curitiba, p. 136.

A Lei 10.820, de 17 de dezembro de 2003 resultou da conversão da MP130/03, e passou a regular e normatizar todo o sistema de desconto em folha de empréstimos, financiamentos e operações de arrendamento mercantil concedidos por instituições financeiras e sociedades de arrendamento mercantil.

A Lei nº 10.953, de 27.09.04, alterou a Lei 10.820/03, para permitir que o crédito consignado passasse a ser oferecido a aposentados e pensionistas do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS.

Após, sobreveio o Decreto nº 5892, de 12.09.06, que acresceu parágrafo 7º-A ao artigo 4º do Decreto 4840/03, permitindo empréstimos referentes ao SFH, cujas prestações obedecerão ao contrato e as prestações podem ser variadas .

A Lei nº 10.820/2003, regulamentada pelos Decretos nº 4.840/2003 e nº 5.892/2006, se refere aos conceitos de remuneração básica, descontos legais, remuneração disponível e descontos voluntários, como elementos de orientação à aplicação dos descontos dos empréstimos consignados.

V – OS CORRESPONDENTES BANCÁRIOS E A CAPTAÇÃO DE CLIENTES

A abertura legal da outorga do crédito tem levado ao aumento incomensurável da oferta que o empréstimo consignado proporcionou, pela intensiva utilização do marketing. O empréstimo se tornou automático, sem riscos (desconto em folha). Mas, para alcançar o maior número de pessoas, nos mais distantes lugares do país, abriu-se uma rede de captação, os chamados "correspondentes", aqueles comerciantes ou prestadores de serviços utilizados como miniagências, que funcionam como intermediários entre o consumidor-mutuário e a entidade mutuante, permitindo que os tentáculos da rede de empréstimo, em cada lugar mais recôndito que seja, alcance o alvo.

Gláucia Rezende Pereira diz: "Assim, a distribuição geográfica da rede de correspondentes bancários permite estar aonde o brasileiro vai, onde ele trabalha, onde mora, onde faz suas compras. Enfim, estar presente no seu dia-a-dia. Por se encontrar em pontos comerciais diversos, o novo modelo pode oferecer horário expandido, superior ao horário de operação dos bancos tradicionais, muitas vezes oferecendo serviços 24 horas. Esta é ainda a fórmula mais barata e completa de se aproximar dos clientes. Com uma estrutura enxuta, sem luxo, e com custo de implementação, desenvolvimento e manutenção inferior ao dos bancos tradicionais, os serviços oferecidos têm custo menor"[9].

Ora, se a empresa de finanças não tem condições de operar em determinados lugares, não se pode permitir que haja um credenciamento de outras pessoas jurídicas que pratiquem atos, mesmo em parte, próprios de um banco. Tal possibilidade leva a uma indiscriminada prática de empréstimos que não atendem aos fins sociais que o sistema monetário teria que proporcionar.

VI – A PUBLICIDADE DO DINHEIRO FÁCIL

Mas, o que vem ocorrendo mesmo é o estímulo do empréstimo, dentro da legalidade, por empresas autorizadas pelo Banco Central que, utilizando-se de benesses da Lei 10.820/03 tornam disponíveis dinheiro a pessoas em especial assalariadas, que procuram facilidades para obter o crédito. Aí vemos as situações do empréstimo consignado, o carro chefe do dinheiro fácil, nos dias atuais.

E como o consumidor é alcançado? Pela recorrente publicidade intensiva. A oferta é convincente, realizada de forma ampla, intensa, generalizada e abrangente, e busca as classes que apresentam maior segurança à operação, tais como os assalariados, funcionários públicos, empregados e, não sem antes ressaltar a classe importante dos aposentados. É comum a oferta facilitada de empréstimos a juros baixos, sem consultas ao SERASA ou SPC, sem a exigência de maiores garantias.

Segundo estudo de Casado[10] o crédito é absolutamente necessário, a ponto das financeiras mudarem o seu enfoque publicitário, saindo de uma oferta mais contida para uma publicidade mais incisiva, popular mesmo, constatando que quanto mais as pessoas consomem, mais créditos necessitam, dizendo: "Os bancos deram-se conta deste paradoxo e começaram a anunciar crédito, notadamente nos intervalos de programas populares e mesmo através de práticas como o *merchandising*. Se o consumidor assiste ao anúncio de um produto e não tem como comprá-lo, fica feliz em saber que poderá adquiri-lo com as facilidades que os anúncios dos bancos expõem o crédito. O crédito é comparado a pizza em determinada publicidade. Entretanto, a publicidade de uma mercadoria tão nobre como o crédito, desta maneira, é assustadora."

Mas, se o empréstimo que ocorre dentro da legalidade, o acesso fácil ao dinheiro é provocado e as pessoas são induzidas a contratar sem maiores reflexões, porque se submetem a uma massificada publicidade agressiva, com a utilização dos diversos meios, em especial da mídia, e das facilidades que a rede mundial hoje proporciona.

A publicidade de outorga de crédito, na modalidade consignada, deve ser alterada. Alterada, no sentido de que apenas dê conhecimento ao interessado de sua existência legal e que seja feita pela própria entidade financeira

---

[9] PEREIRA, Gláucia Rezende. ***A comunicação como fator determinante para apresentar um novo conceito de banco: Lemon Bank.*** Extraído de http://www.comtexto.com.br/convicomcaseglaucialemonbank.htm em 06.11.08.

[10] CASADO, Marcelo Mello. *Proteção do Consumidor de Crédito Bancário e Financeiro.* RT, SP, 2000, p. 93.

autorizada pelo Banco Central, e proibida por qualquer pessoa jurídica, seja de que forma for, que não tenha essa condição, em especial pelos chamados "correspondentes bancários", e que sejam realizadas de forma a não ofender os consagrados princípios da boa-fé objetiva e da equidade, de forma a não levar o consumidor a assumir comportamento inseguro. E tal se dá quando assina contrato em que inexoravelmente lhe induz a comprometimento financeiro de forma a lhe causar endividamento insuperável (v. artigos 37, § 2º; 51, incisos IV e XV, e § 1º, incisos I, II e III, todos do Código de Defesa do Consumidor), comprometendo sua tranqüilidade psíquica e sua qualidade de vida.

VII – NECESSIDADE DE LIMITAÇÃO DOS JUROS NA OUTORGA DO EMPRÉSTIMO.

Nesse rumo de análise, a dos juros cobrados pelas financeiras, é importante referir que há pretensão de restringir o empréstimo consignado aos bancos oficiais (federais e estaduais), justamente para coibir certos abusos praticados pelos bancos privados.

Trata-se do Projeto de lei n. 226/07, de autoria do deputado Felipe Bornier (PHS-RJ), que assevera que a autorização para desconto em folha não reduz os juros, porque há abusos. Explica o deputado: os bancos privados não seguem essa regra e comentem "abusos na estipulação das taxas de juros e na cobrança de encargos adicionais, embutidos de forma camuflada nas prestações dos mutuários". A legislação atual determina ainda que o banco forneça informações aos clientes sobre o valor total financiado; a taxa mensal e anual de juros; os acréscimos tributários; e o valor e periodicidade das prestações. Os juros, no entanto, são praticados de forma elevadíssima, apesar da propalada redução do custo da operação. Não há limite para a estipulação da taxa de juros, já que as financeiras não estão limitadas a juros legais que o sistema de tributos impõe, agora aplicável ao sistema de contenção da usura.

Logo, para o empréstimo consignado deveria haver uma limitação legal. Ao que vislumbramos, necessária seria a limitação aos juros legais de 1% ao mês, igualando-se a todo limite de juro que é exigido de pessoas físicas ou jurídicas alheias ao sistema monetário nacional. E para tanto deverá haver uma adequação legislativa. E tal situação é perfeitamente viável, porque a segurança proporcionada pelo sistema legal do empréstimo compulsório de desconto nos salários, proventos ou pensões é forte que outro índice só empenha ganho desnecessário das financeiras.

VIII – DO SUPERENDIVIDAMENTO

O superendividamento ou sobreendividamento é fato jurídico real que vem sendo objeto da atenção dos estudiosos, por se caracterizar como uma distorção do mercado, uma anomalia que contamina as boas relações comerciais e empece o consumo.

A busca dos aposentados como clientela mais propensa ao crédito consignado tem impactado essa classe, de modo que as estatísticas acerca do fenômeno são robustas[11].

Veja o que refere o site[12] sobre desemprego acerca do endividamento de aposentados: "Editoriais. Agiotagem oficial contra aposentados. Editor-chefe. O Brasil não tem pena de morte, mas o Governo Lula conseguiu uma forma simples e segura de enforcar velhinhos e velhinhas: juntou todos eles e os entregou, como manada, à sanha voraz dos bancos brasileiros. Até a semana passada, segundo "O Globo", dois milhões de aposentados haviam tomado emprestados R$ 4,8 bilhões em 17 bancos, com taxas de juros anuais de 23% (bancos oficiais) e 40% (bancos privados), para pagamento certo e sem risco mediante desconto direto dos proventos creditados na rede bancária. Os empréstimos consignados de ativos e inativos foram apresentados como um grande programa social do Governo. Na verdade, até aqui, foi o único programa "social" deste Governo que deu certo quase automaticamente."

Aliás, a falta de compromisso com os efeitos do superendividamento é de tal importância que há o projeto de lei n. 27/06 de autoria do senador Paulo Paim, visando estender a concessão de empréstimo consignado aos beneficiários da prestação continuada, regulada pela Lei de Assistência Social. Visa, com isso, atingir as pessoas menos favorecidas, com rendas as mais baixas, a ponto de gozarem de programas assistenciais do poder público[13].

---

[11] "Segundo dados do Ministério, há cerca de 22 milhões de aposentados e pensionistas no Brasil, sendo que 14,9 milhões estão utilizando o crédito consignado. No fim de 2007, o INSS havia reduzido o limite do comprometimento em função do excesso de endividamento dos aposentados . Os empréstimos ficaram suspensos por quase um mês até serem liberados novamente em janeiro de 2008. Para compensar a redução, o governo também aumentou do prazo de financiamento de 36 meses (3 anos) para 60 meses (5 anos). Extraído de http://portal.rpc.com.br/gazetadopovo/economia/conteudo.phtml?tl=1&id=865616&tit=Aposentado-podera-comprometer-ate-30-da-renda-com-credito-consignado , com acesso em 11.03.2009.

[12] Extraído de http://www.desempregozero.org.br/editoriais/agiotagem_oficial_contra_aposentados.php , com acesso em 06.11.08.

[13] "Na prática, a proposta de Paim (PLS 27/06) poderá tornar o crédito acessível a um contingente de 2,4 milhões de brasileiros - o universo de idosos e pessoas com deficiência atendidos pelo BPC. No valor de um salário mínimo mensal, esse benefício é garantido aos idosos com mais de 65 anos e deficientes sem recursos para garantir a própria manutenção ou que também não possam ser mantidos pela família. Extraído de http://www.direito2.com.br/asen/2007/fev/6/cas-examinara-proposta-de-estender-credito-consignado-a-beneficiarios, em 12.04.2009.

Finalmente, nestes dias, o Conselho Nacional de Previdência Social[14] elevou de 20% para 30% o índice de comprometimento da renda dos aposentados e pensionistas do INSS, em mais uma demonstração de que o fator endividamento não sensibiliza alguns segmentos sociais com poder de decisão.

O superendividamento tem merecido estudos diversos. A atividade econômica baseada nos princípios da valorização do trabalho e da livre iniciativa, conforme estabelece o artigo 170 da Constituição Federal, almeja assegurar a todos *existência digna* com base em ditames *da justiça social.*

E o recrudescimento das dívidas pessoais, a cujos fatores causais e consequenciais não cabem neste espaço, deve levar a um paradigma de comportamento de todos os elementos da relação de consumo, de cooperação, que implica num *dever* de renegociação. É o que prega Cláudia Lima Marques, ante o fenômeno do superendividamento, com base em tendência de doutrina européia, mais especificamente alemã[15]. Com base nessa tendência, o dever de lealdade e de cooperação, sustentada na boa-fé, tem o objetivo de manter a dignidade entre os parceiros contratuais. Aí se centram os deveres de não onerosidade excessiva e de não cobrança vexatória.

Por tudo, o que se prega é a sobrevivência do consumidor leigo, vulnerável, como parceiro a ser resguardado. Inconcebível é a sua morte ou insolvência econômica.

IX – CONCLUSÕES

a) considerar abusiva a publicidade que oferte qualquer espécie de dinheiro a juros por parte de instituições bancárias ou financeiras na modalidade de empréstimo consignado que não sejam feitas por empresas do sistema monetário nacional, e que tal publicidade atenda ao sistema de proteção ao consumidor, tanto no que se refere à segurança contratual (equidade, boa-fé e equilíbrio) quanto de sua segurança psíquica;

b) alteração legislativa no sentido de declarar que os juros do empréstimo consignado serão os considerados legais, ou seja, aqueles do Código Civil, art. 406, que remete ao artigo 161, § 1º do CTN, de, no máximo 1% ao mês, de forma a excepcionar das prerrogativas da aplicação dos juros aos índices médios aplicados no comércio as empresas vinculadas ao Conselho Monetário Nacional;

c) e, finalmente, ainda, também alterar a legislação pertinente para coibir que haja intermediação dos chamados "correspondentes bancários", pois assim o empréstimo consignado que ocorrer por certo será realizado diretamente pelas instituições bancárias originárias, sem o estímulo massivo da prática.

---

[14] Segundo o que foi extraído de http://www.estadao.com.br/noticias/economia,consignado-de-30-para-aposentados-volta-a-vigorar,348487,0.htm , com acesso em 12.04.2009, em reportagem de Isabel Sobral – Agência Estado, " A partir de quinta-feira, 2, os aposentados e pensionistas da Previdência Social voltam a estar autorizados a pedir empréstimos consignados em que podem comprometer até 30% da sua renda mensal. Até o início de março, estava em vigor uma norma que limitava a 20% da renda o comprometimento máximo com crédito consignado tradicional (depositado em conta corrente). Outra parcela de 10% da renda só podia ser comprometida se o empréstimo fosse feito por meio do cartão de crédito consignado."

[15] MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais.* 5ª edição, RT, SP, 2006, p. 1232.

062

ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA, "DEVOLUÇÃO" IMOTIVADA EM PROCESSO DE ADOÇÃO DE CRIANÇA E DE ADOLESCENTE E REPARAÇÃO POR DANO MORAL E/OU MATERIAL

Epaminondas da Costa

Promotor de Justiça/MG

Síntese dogmática: O estágio de convivência, previsto no art. 46 do ECA, não pode servir de justificativa legítima para a causação, voluntária ou negligente, de prejuízo emocional ou psicológico a criança ou adolescente entregue para fins de adoção, especialmente diante dos princípios constitucionais da *dignidade da pessoa humana* e da *prioridade absoluta* em relação à proteção integral à infância e à juventude.

Introdução

A presente tese tem por fim discutir o cabimento ou não, em certos casos, da reparação por dano moral e/ou material, em sede de ação civil pública proposta pelo Ministério Público, nas hipóteses de "devolução" à instituição de acolhimento, de crianças e de adolescentes entregues para fins de adoção, sem que haja justificativa plausível para isso; pior ainda, com total desprezo para com os sentimentos e/ou emoções do adotando, ou seja, com ofensa à sua dignidade.

Anote-se, por oportuno, que a reflexão ora apresentada está alicerçada em dois casos concretos da comarca de Uberlândia-MG, os quais foram objeto de ampla divulgação pela mídia local e nacional, no mês de maio do corrente ano de 2009, notadamente o primeiro caso.[1]

A bem da verdade, a questão central versada na tese diz respeito à definição da natureza jurídica do estágio de convivência, previsto no art. 46 da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

O que é, em síntese, o estágio de convivência? É o período mínimo de avaliação da adaptação do adotando ao novo lar (família substituta), objetivando que o Poder Judiciário, com o apoio da equipe interprofissional (Psicólogos e Assistentes Sociais *etc*), decida pelo deferimento ou não da adoção.

O estágio de convivência poderá ser dispensado se o adotando já estiver sob a tutela ou guarda judicial do adotante, independentemente da idade daquele, haja vista o que dispõe a Lei n. 12.010, de 3 de agosto de 2009 (Lei Nacional de Adoção).

Fundamentação

Na situação noticiada mais amplamente pela mídia, uma criança de 08 (oito) anos de idade, após ficar sob a guarda judicial do casal requerente por 08 (oito) meses, no processo de adoção, foi "devolvida" injustificadamente à Vara da Infância e da Juventude, não obstante os laudos da equipe técnica do Juízo indicassem a **total adaptação** da criança ao novo lar e do casal em relação a ela.

A rigor, a criança foi notoriamente iludida pelos adotantes, a tal ponto de ter aceitado a "mudança" de seu prenome no meio social antes mesmo do encerramento do processo de adoção. Isto foi feito sem autorização

[1] MELLO, Kátia e Liuca Yonaha. *O lado B da adoção*: As dificuldades de relacionamento e os problemas que ninguém comenta – mas aparecem depois da adoção. E o que pode mudar com a lei aprovada pelo Senado. Revista Época, São Paulo, 20 jul. 2009, pp. 88/96.
MOREIRA, Ivana e Eduardo Kattah. Juíza manda reter 15% da renda de casal que devolve filho adotivo. O Estado de S. Paulo, São Paulo, 09 jun. 2009. Caderno A16 – Vida & Sociedade.

judicial e, portanto, sem a necessária avaliação quanto à conveniência ou não da mudança do prenome ("identidade psicológica" da pessoa humana), notadamente em se tratando de criança com mais de um ano de idade[2].

Pois bem, com o retorno da criança à instituição de acolhimento (abrigo)[3], a equipe técnica do Juízo (Psicóloga e Assistente Social) constatou que ela se mostrava muito confusa em relação a sua identidade, por causa da mudança indevida de seu prenome pelos requeridos, ou seja, ora ela referia a si mesma pelo nome de registro (certidão de nascimento), ora pelo nome dado pelo casal adotante (sem autorização judicial). Os laudos evidenciaram ainda que a adotanda estava bastante abalada emocional e psicologicamente, especialmente diante da atitude injustificada dos requeridos em devolvê-la ao "abrigo", fazendo com que, portanto, ela se culpasse pelo ocorrido, agravando ainda mais o seu sofrimento.

Diga-se de passagem que esse segundo abandono da criança mostrou-se muito mais nocivo ao seu sadio desenvolvimento psíquico, moral e social do que o primeiro, segundo os laudos da equipe interprofissional da Vara da Infância e da Juventude.

Advirta-se, por oportuno, que o agravamento do sofrimento da criança não está fundado apenas nesse segundo abandono ("devolução" pelos requeridos), mas também, na conduta desumana levada a efeito em relação à adotanda. O casal induziu-a à mudança de prenome, para a sua aceitação pelos requeridos. Enganou-a com a promessa de que o casal a tinha, verdadeiramente, como filha, pedindo-lhe, pois, que chamasse um e outro de pai e de mãe, e os seus ascendentes, de avós *etc.*

Contudo, repentinamente, sem qualquer explicação para a criança ou para a Justiça, os requeridos devolveram-na à instituição de acolhimento, fazendo com que a adotanda, depois de vários meses de convívio diário com o casal, na condição socioafetiva de filha, passasse a se perguntar onde estaria a sua culpa pelo ocorrido.

Tal foi o primeiro caso concreto.

No segundo caso concreto, em que o processo de adoção chegou a ser concluído, com sentença transitada em julgado, além de ter havido o segundo abandono do filho, o seu sofrimento foi agravado pelo fato de que os requeridos (adotantes) humilharam-no e agrediram-no física e emocionalmente, chamando-o de retardado e proferindo toda sorte de infâmias e de impropérios, o que foi feito na presença de outras crianças e de cuidadores da instituição de acolhimento, após o retorno do "adotado" àquela.

A bem da verdade, além de os laudos da Psicóloga e da Assistente Social da Vara da Infância e da Juventude apontarem os danos emocionais sofridos pela criança, testemunhas confirmaram as denúncias, segundo as quais, efetivamente, o filho dos requeridos foi submetido a inúmeros constrangimentos, a vexames e a sofrimento que podiam ser evitados ou minimizados pelos adotantes, resultando-se assim em grave ofensa à dignidade do adotado. O princípio da dignidade humana, como se sabe, é dos mais importantes consagrados no texto constitucional brasileiro. Ele deve nortear as ações do Estado, da sociedade e das pessoas em geral.

Em suma, a presente tese não desconhece o fato de que, legalmente, é possível que haja a devolução de crianças e de adolescentes entregues para fins de adoção, sem que isso acarrete a obrigação de indenizar. O que se questiona é a atitude desumana e inescrupulosa daquelas pessoas que veem a adoção como uma aventura, implicando desprezo pelo sentimento e pelas emoções dos adotandos. E não são poucos os casos, segundo o que se têm notícias.

Nas ilustrações em que se alicerçou a tese, o dano moral caracterizou-se pelo fato de ter havido a ocorrência de lesão a *direitos da personalidade*, "englobando não apenas aspectos da dignidade humana como também 'os chamados *novos direitos da personalidade*: a imagem, sentimentos, relações afetivas, aspirações, hábitos *etc.*'"[4]

Nesse sentido, arremata a melhor doutrina:

> "Como se vê, hoje o dano moral não mais se restringe à dor, tristeza e sofrimento, estendendo a sua tutela a todos os bens personalíssimos – os complexos de ordem ética -, razão pela qual revela-se mais apropriado chamá-lo de dano imaterial ou *não patrimonial*, como ocorre no Direito Português. Em razão dessa natureza imaterial, o dano moral é insusceptível de avaliação pecuniária, podendo apenas ser compensado com a obrigação pecuniária imposta ao causador do dano, sendo esta mais uma satisfação do que uma indenização."[5]

Não bastasse o intenso e incalculável sofrimento resultante da conduta dos requeridos, constatou-se ainda que, sob a perspectivas da *"ciência dos fenômenos psíquicos e do comportamento"* (Psicologia), há enorme probabilidade de que uma das vítimas (a criança do 1º caso), desenvolva, no futuro, condutas antissociais ("delinquência juvenil"), especialmente em razão da segunda rejeição promovida pelos requeridos. Além disso, a

---

[2] O art. 47, § 5º, do ECA, prevê a possibilidade de o juiz, na sentença de adoção, autorizar a modificação do prenome do adotando.

[3] A Justiça, não raro, se ver impelida a receber de volta o adotando em situações como as que foram aparesentadas nesta tese, com vista a evitar que ele seja hostilizado, humilhado e ofendido em sua dignidade, a tal ponto de ser obrigado a fugir de casa, no futuro.

[4] CAVALIERI FILHO, Sergio. ***Programa de responsabilidade civil.*** 8. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2009, p. 81.

[5] *Ibidem,* p. 81.

vítima pode vir a ter *"(...) dificuldades nas relações sociais, já que a criança aprende que as relações não são dignas de confiança; que não é merecedora de amor e que dificilmente encontrará outras pessoas que satisfaçam suas necessidades, além de prejuízos na autoestima e no autoconceito..."*.

É de se perguntar, então: o estágio de convivência se constitui em um direito instituído em favor dos adotantes, de tal forma a legitimar "devoluções" injustificadas de adotandos e, além disso, com a causação voluntária e/ou negligente de incalculável prejuízo emocional, social e até mesmo material ao adotando? A resposta é "não", sobretudo se for levado em conta que o Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme o próprio título indica, visa à proteção dos direitos e/ou interesses relacionados com a infância e com a juventude. Isto está expresso no art. 1º da Lei n. 8.069 de 1990.

Ademais, na interpretação das normas do Estatuto da Criança e do Adolescente, a dúvida porventura existente beneficia sempre a criança e o adolescente (art. 6º do ECA), com destaque ainda para o princípio do *melhor interesse da criança*, proveniente da legislação internacional, que foi incorporada ao direito pátrio pelo Decreto n. 99.710, de 21/11/1990; através dele foi promulgada a Convenção das Nações Unidas (ONU) sobre os Direitos da Criança.

Nesse diapasão, é importante destacar ainda o princípio da *prioridade absoluta*, expressamente reconhecido no art. 227, "caput", da Carta Magna, o qual faz com que o interesse da criança e do adolescente sobreleve a qualquer outro interesse. Isto significa, portanto, que a falta de maior clareza do legislador, no art. 46 do ECA, não pode servir de pretexto para que adotantes mal-intencionados ludibriem a Justiça e, particularmente, crianças e adolescentes, levando-os, pois, para as suas residências, com o propósito de fazer "uma experiência": - se aprovada, dão o sinal verde para a Justiça; se reprovada, simplesmente efetuam a "devolução", sem qualquer escrúpulo ou cuidado.

Daí a importância de se definir a natureza jurídica do referido estágio de convivência. Ei-la: *lapso avaliatório, judicial, da formação satisfatória*[6] *do vínculo socioafetivo*. Noutras palavras, não se trata de um direito instituído em favor de adotantes, mas de um período de tempo em que, por cautela, quis o legislador que a equipe interprofissional do Juízo avaliasse *"(...) a conveniência da constituição do vínculo"*, em que se deve atentar para as disposições dos arts. 29 e 43 da Lei n. 8.069 de 1990, a saber:

> Art. 29. Não se deferirá colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado.
> Art. 43. A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.

O art. 46, § 1º, da mesma Lei, por sua vez, prescreve, taxativamente, o seguinte:

> "O estágio de convivência poderá ser dispensado se o adotando já estiver sob a tutela ou guarda legal do adotante durante tempo suficiente para que seja possível **avaliar a conveniência da constituição do vínculo**" (sem grifos no original).

Vê-se, claramente, que o estágio de convivência não se constitui em direito instituído em favor dos adotantes, muito menos de forma expressa, o que significa, portanto, que eles não podem invocar o exercício regular de direito – que eles não possuem legitimamente -, de tal forma que, nos termos do art. 188, inciso I, do Código Civil, a sua conduta viesse a ser vista como lícita.

Admitindo-se, porém, por argumentação, que o estágio de convivência se traduza em direito dos adotantes, no sentido de que eles também possam avaliar a conveniência da constituição do vínculo, ainda assim não lhes será legítimo que abusem no exercício desse direito, sob pena de reparação por dano moral e/ou material. Veja-se:

> Art. 187 [Código Civil]. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Ora, enganar uma criança, prometendo-lhe definitivamente um lar, inclusive com a alteração ilegal de seu prenome no meio social; e, repentinamente, depois de vários meses de intensa convivência familiar, "devolvê-la" sem qualquer justificativa plausível, além de deixá-la confusa em relação a sua verdadeira identidade, levando-a ainda a desenvolver o sentimento negativo de culpa pela forma imprópria com que agiram os adotantes, não há

---

[6] O vocábulo "satisfatória" foi empregado aqui no sentido de "corresponder ao desejo do adotando e aos fins sociais buscados pelo legislador". Tanto assim é que, legalmente, é obrigatório o consentimento do adotando com mais de 12 (doze) anos de idade, além de estar recomendada a oitiva sobre a medida, sempre que possível, de crianças, devendo a sua manifestação ser devidamente apreciada.

dúvida de que, em tal caso, houve a extrapolação dos limites da boa-fé ou dos bons costumes por parte dos requeridos ("teoria do abuso do direito").

A reparação do dano resultante dessa conduta ilícita poderá englobar não só a obrigação do pagamento de uma só vez de determinado valor como também o pagamento, em parcelas, dos chamados alimentos ressarcitórios, fundados na responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana.

A fixação imediata da obrigação alimentar, sob a designação de antecipação dos efeitos da tutela, dentre outros fundamentos, decorre da circunstância de que, subjacente ao princípio da prioridade absoluta, previsto no art. 227, "caput", da Constituição da República, estabeleceu-se a presunção legal do dano irreparável ou de difícil reparação, em caso de demora na atuação protetiva aos direitos infanto-juvenis, quer pela família, pela comunidade e pela sociedade, quer pelo Poder Público e, em especial, pelo Poder Judiciário, *"como cidadela de garantia dos direitos individuais e das relações entre governantes e governados"*.

A propósito, numa das decisões que concederam a antecipação parcial dos efeitos da tutela pleiteada pelo Ministério Público, na correspondente ação civil pública, o tema está assim resumido, com mestria:

> "Na verdade, a devolução pode ser considerada um dano irreversível, haja vista que, mesmo que a criança venha a ser adotada, esse trauma vai ficar registrado. Assim, a devolução representa um verdadeiro aniquilamento na autoestima (revestimento do caráter) e na identidade da criança, *que não mais sabe quem ela é.*
> Aliás, seria de uma atrocidade imensurável obrigar uma criança a aguardar a decisão definitiva de uma ação judicial para ter a possibilidade de ver diminuídos os traumas sofridos.
> Noutro passo, considerando o princípio da proteção integral da criança e do adolescente e a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, que apresenta hipossuficiência frente à defesa dos seus próprios interesses, além de apresentar interesses especiais, poder-se-ia até mesmo concluir que o *periculum in mora* é presumido por lei.
> Por último, quanto ao pressuposto negativo, isto é, reversibilidade dos efeitos do provimento, diante do risco de dano irreparável ao direito da favorecida, diante da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, bem como diante da natureza alimentar do pedido, creio ser necessária a presença desse pressuposto.
> Aclare-se que, considerando que os alimentos pleiteados a título de antecipação dos efeitos concretos da sentença visam a garantir a própria sobrevivência da criança, pode-se, com tranquilidade, reconhecer seu caráter de *irrepetibilidade*, ou seja, ainda que, a *posteriori*, venha esta decisão a ser modificada, alterada, ou o pedido julgado improcedente, não estaria a favorecida obrigada a ressarcir aos demandados aquilo que deles recebeu..." (Autos nº 0702 09 567849-7 – Comarca de Uberlândia – Prolatora: Édila Moreira Manosso, Juíza de Direito Titular da Vara da Infância e da Juventude – Data: 01 de junho de 2009).

Tais alimentos serão pagos a título de dano emergente[7], uma vez que, em razão do ato ilícito – sede da responsabilidade civil em questão -, a criança adotanda passará a ter gastos mensais extraordinários, a fim de custear o mais rapidamente possível sessões de psicoterapias para a amenização do dano moral sofrido, as quais deverão ocorrer pela vida inteira, mesmo que com pequenos intervalos na fase adulta.

Ademais, afigura-se razoável que esses alimentos sejam pagos até a idade de 25 (vinte e cinco) anos, conforme critério adotado pela jurisprudência em hipóteses semelhantes. Isto porque, a partir dessa idade, presume-se que a pessoa (adotanda ou adotada, no exemplo da tese) tenha adquirido plenas condições de arcar sozinha com o acompanhamento psicoterápico[8-9].

O dano moral, como se sabe, deve ser fixado em parcela única, decorrente de arbitramento judicial, nos termos dos parágrafos únicos dos arts. 950 e 963 do Código Civil, devendo ainda ter caráter punitivo, a saber:

---

[7] Na hipótese de o processo de adoção da criança ter sido concluído, com o trânsito em julgado da sentença, havendo a "devolução" do filho ao Juízo ou à instituição de acolhimento, a natureza jurídica dos alimentos não será apenas ressarcitória, podendo ainda, alternativamente, se constituir em dever legal insculpido no art. 33, § 4º, parte final, do ECA, na nova redação dada pela Lei n. 12.010 de 2009.

[8] O critério adotado no parágrafo em questão, no que diz respeito ao termo final da obrigação alimentar, é aquele relativo "à pensão a filho menor pela morte do pai". Veja-se: "A pensão devida ao filho menor em caso de morte do pai finda aos 25 anos de idade do beneficiário. Presume-se que em tal idade terá ele completado a sua formação escolar, inclusive universitária (RSTJ 100/161, 102/251, 121/255, 134/88). *Apud* Sergio Cavalieri Filho, *ob. cit.*, p. 117).

[9] Em relação aos **juros moratórios**, cabíveis no caso, impõe-se observar o seguinte: "A taxa de juros moratórios [art. 398 do Código Civil] a que se refere o art. 406 [do Código Civil] é a do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, ou seja, 1% ao mês, conforme enunciado aprovado na *Jornada de Direito Civil* promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal, realizado nos dias 11 a 13 de setembro de 2002 no Superior Tribunal de Justiça". *Idem*, pág. 119. Ver ainda Súmulas 54 e 254 do Superior Tribunal de Justiça.

> "A indenização punitiva do dano moral surge como consequência da mudança de paradigma da responsabilidade civil e atende a dois objetivos bem definidos: a prevenção (através da *dissuação*) e a punição (no sentido de *redistribuição*),"[10]

Enfim, se ocorrer "devolução" injustificada de criança ou de adolescente entregue para fins de adoção, com o agravamento voluntário ou negligente de seu sofrimento pelos requeridos, é admissível, em tese, a reparação por dano moral e/ou material, tendo em vista o que dispõe o art. 188, c/c o art. 927, ambos do Código Civil, a saber:

> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.
> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.
> Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Além disso, é possível, na pior das hipóteses, que se vislumbre o abuso de direito pelos adotantes, à medida que, leviana ou descomedidamente, eles tenham, com a sua conduta, causado intenso sofrimento emocional ou psicológico ao adotando.

Coisa julgada no Juízo Criminal e sua repercussão ou não no Juízo Cível

Num dos casos concretos da comarca de Uberlândia, os requeridos foram processados no Juízo Criminal pelo crime de abandono material, tendo sido, porém, absolvidos, sob o fundamento de que, com o recebimento da criança pelo Juízo da Infância e da Juventude, seguindo-se a sua institucionalização, a conduta deles passou a ser atípica.

Na denúncia do Ministério Público com atuação numa das Varas Criminais da referida comarca não foi feita qualquer menção aos agravos físicos e psicológicos perpetrados pelos requeridos contra aquela criança, assim que ela retornou à instituição de acolhimento ("abrigo"). Houve notícias comprovadas de ter havido agressões físicas e de xingamentos públicos em relação ao filho, após a sua "devolução" à entidade de acolhimento, vale dizer, a criança foi submetida a vexame, constrangimento, dor moral, sofrimento *etc*.

Por conseguinte, a absolvição dos requeridos, no Juízo Criminal, fundamentou-se nas disposições do art. 386, III, do Código de Processo Penal[11], e não no art. 386, VI, do mesmo Código, apesar de o magistrado, por equívoco, ter mencionado este último inciso. Porém, toda a fundamentação da sentença e a sua parte dispositiva foram no sentido de que a conduta dos requeridos era atípica.

Esse equívoco, tecnicamente falando, está dentro do conceito legal de inexatidão material, não havendo dúvida, portanto, de que o legislador autorize a sua correção, até mesmo de ofício, a teor do disposto no art. 463, I, do Código de Processo Civil, c/c o art. 3º do Código de Processo Penal. E mais, na sentença absolutória em causa, o magistrado não deixou de reconhecer que tivesse havido a devolução da criança à instituição de acolhimento (existência material do fato apontado na denúncia, para justificar o abandono); a sua interpretação jurídica, porém, é que pode, legitimamente, estar sujeita a visões ou a resultados diversos numa instância e noutra.

Consequentemente, essa absolvição não pode provocar qualquer repercussão no Juízo Cível, mormente diante das disposições expressas dos arts. 65[12] e 66[13] do Código de Processo Penal, aliado ao que prescrevem os arts. 468[14] e 469[15] do Código de Processo Civil, por força do disposto no já citado art. 3º do Código de Processo

---

[10] *Ob. cit.*, p. 94.

[11] Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:
I - [...];
III - não constituir o fato infração penal;
VI - existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência;
VII – [...].

[12] Art. 65. Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

[13] Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.

[14] Art. 468. A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.

[15] Art. 469. Não fazem coisa julgada:
I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;
II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença;
III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentemente no processo.

Penal, dentre outras disposições legais. Sem contar que a ação civil pública fundou-se em fatos e fundamentos jurídicos diversos.

Conclusão

O estágio de convivência, previsto no art. 46 do ECA, não pode servir de justificativa legítima para a causação, voluntária ou negligente, de prejuízo emocional ou psicológico a criança ou adolescente entregue para fins de adoção, especialmente diante dos princípios constitucionais da *dignidade da pessoa humana* e da *prioridade absoluta* em relação à proteção integral à infância e à juventude.

067

O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO ARTICULADOR, MEDIADOR, FORMULADOR E FISCALIZADOR DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Edson José Guerra

Promotor de Justiça do Estado de Pernambuco

Introdução

A missão de futuro do Ministério Público visa a construir um Estado Social e Democrático de Direito e a defesa da cidadania, em busca da formação de uma sociedade livre, justa e solidária.

O papel do Ministério Público não se restringe ao de guardião da lei, promovedor da persecução penal, dos direitos difusos, coletivos, individuais indisponíveis e individuais homogêneos de relevância social, perseguidos nos procedimentos administrativos e na burocracia processual judicial, sistematicamente, enfrentados nas promotorias da cidadania e perante o Poder Judiciário, quando atua na qualidade de parte ou de *custus legis*.

O perfil ministerial desenhado no ordenamento jurídico constitucional além de exigir eficiente atuação administrativa interna e jurídico-processual, em razão do modelo de sociedade marcada pela pluralidade, diversidade, carecimentos de serviços públicos, pobreza intensa, corrupção, elevado índice de violência, favelização, ocupação desordenada do solo, degradação ambiental, má aplicação dos recursos públicos, deve também estar direcionado para articulação, mediação, formulação e controle das políticas públicas.

Entre tantas mudanças institucionais ocorridas e significativos avanços alcançados, depois de vinte anos de vigência da Constituição Cidadã, o Ministério Público ainda se destaca como um órgão predominantemente demandante e burocrático, com seus promotores e procuradores enclausurados em quatro paredes, agindo isoladamente, administrativa e processualmente, nos prédios das promotorias e nos fóruns, sem disponibilizar tempo para debater com seus membros, instituições, autoridades públicas e a sociedade em geral, as resoluções das questões sociais prioritárias.

Incorporar entre as atividades do promotor e procurador de justiça a missão de articulador, mediador, formulador e fiscalizador das políticas públicas concorre para zelar pela aplicação honesta dos recursos públicos, para eleger no âmbito da administração os programas orçamentários voltados para efetivação dos direitos humanos fundamentais básicos, para estreitar o relacionamento com a sociedade e os órgãos públicos, diagnosticar a realidade social e ajustar a missão institucional às necessidades sociais locais mais relevantes e urgentes.

As políticas públicas, a garantia dos direitos humanos fundamentais e a reserva do possível

O Estado Democrático e Social de Direito traçado no ordenamento jurídico constitucional estabelece como postulados e objetivos da República Federativa do Brasil alguns princípios e normas de natureza obrigatórios destinados a garantir a dignidade da pessoa humana, a erradicação da pobreza, a busca do pleno emprego, a livre iniciativa, reduzir as desigualdades sociais e regionais, todos voltados para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, sem qualquer espécie de preconceito ou discriminação[1].

[1] Art.1º C.F. 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: (...) II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana (...). Art. 3º C.F. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; (...) III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Os direitos humanos fundamentais catalogados no texto constitucional, um dos componentes do Estado Democrático de Direito, para se concretizarem dependem dos programas de governo e das políticas públicas[2] estabelecidas em cada nível dos Poderes Executivos federal, estadual e municipal. Essas obrigações jurídicas positivadas na lei maior têm o Estado como devedor e os cidadãos como credores e podem ser cumpridas espontaneamente ou sonegadas, dependendo do contexto político, social e econômico de cada Administração Pública.

Embora a Constituição Federal formalmente adote como regra os princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade, economicidade e eficiência, para direcionar o comportamento dos gestores públicos, a conversão dos programas de governo em prestação de serviço público sofre inúmeras deformações, sobretudo, durante a aprovação e execução das leis encarregadas de regrar a realização das políticas públicas.

As leis constitucionais e infraconstitucionais aprovadas para garantir o desenvolvimento das políticas públicas voltadas para o aprimoramento dos sistemas públicos de educação, saúde e segurança, praticamente não repercutem sobre o organismo social, certamente, pela má gestão dos recursos públicos aplicados, levando em conta critérios políticos em substituição aos fundamentos técnicos exigíveis.

A Administração Pública viola continuadamente os princípios constitucionais da eficiência e economicidade, modernamente positivados no ordenamento constitucional, na tentativa de corrigir a insuficiência dos serviços públicos essenciais prestados à sociedade.

Salvo raras exceções, não há no âmbito do poder executivo municipal planejamento orçamentário elegendo prioridade para a implementação das políticas voltadas para promover os direitos humanos fundamentais. O Poder Executivo local não inclui no orçamento ou no plano de execução orçamentária verba direcionada para assegurar as necessidades sociais mais relevantes e imediatas, nem busca junto aos poderes executivos federal e estadual recursos financeiros para atendê-las.

Algumas prestações positivas vinculadas na norma constitucional e em leis complementares, como a oferta de ensino básico e o direito a saúde, poderão ser objeto de acompanhamento e controle social e institucional mais eficazes. A questão se agrava quando a administração nega por tempo indeterminado, sem qualquer fundamentação jurídica e moral, a oferta de direitos humanos fundamentais básicos desvinculados a uma dotação orçamentária específica.

Arvorando-se nos princípios da independência dos poderes, discricionariedade, legalidade e reserva orçamentária, os Poderes Executivos e Legislativos sem critérios técnicos, políticos, morais e legais, priorizam a execução de suas obras, ignorando as necessidades sociais emergentes, gerando conflitos de interesses, em alguns casos submetidos à apreciação do Poder Judiciário.

O Ministério Público caracterizado na Constituição Federal como uma instituição permanente, essencial à prestação jurisdicional, encarregado de defender a ordem jurídica, o regime democrático e promover os direitos sociais coletivos e individuais indisponíveis, assume um papel fundamental, como um dos atores encarregados politicamente de promover as transformações sociais previstas nas leis constitucionais e infraconstitucionais.

Entre os vários objetivos e metas fundamentais do Ministério Público, incumbe-lhe defender e promover os interesses das pessoas excluídas do processo sócio-político, econômico e cultural, garantindo-lhes o acesso aos direitos humanos fundamentais à educação, saúde, segurança, meio ambiente saudável, propriedade, habitação, proteção à criança e aos adolescentes, aos idosos, aos portadores de dificuldades especiais, ao consumidor, enfim, defender a sociedade contra o abuso do poder político, econômico e da própria Administração Pública.

Objetivando compelir o gestor público a cumprir com a prestação do serviço público indispensável à garantia dos direitos humanos, os promotores de justiça instauram inquéritos civis públicos e procedimentos de investigação preliminares, instrumentos administrativos não raramente convertidos em termos de ajustamento de conduta ou em ações civis públicas. O termo de ajustamento de conduta firmado com a administração pública, aparentemente revestido da sensação de haver resolvido a questão, acaba gerando desgaste institucional, pelo

---

[2] *Em primeiro lugar,* convém estabelecer uma convenção terminológica. A expressão *políticas públicas* pode designar, de forma geral, a "*coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados*". Nesse sentido, trata-se de conceito bastante abrangente que envolve não apenas a prestação de serviços ou o desenvolvimento de atividades executivas diretamente pelo Estado, como também sua atuação normativa, reguladora e de fomento, nas mais diversas áreas. Com efeito, a combinação de um conjunto normativo adequado, uma regulação eficiente, uma política de fomento bem estruturada e ações concretas do Poder Público poderá conduzir os esforços públicos e as iniciativas privadas para o atingimento dos fins considerados valiosos pela Constituição e pela sociedade. 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. P. 111 - 112. - "As políticas públicas devem ser vistas também como processo ou conjunto de processos que culmina na escolha racional e coletiva de prioridades, para a definição dos interesses públicos reconhecidos pelo direito. A locução *conjunto de processos* conota os procedimentos coordenados pelo governo para a interação entre sujeitos ou entre estes e a Administração, com o exercício do contraditório. No processo explicitam – se e contrapõem – se os direitos, deveres, ônus e faculdades dos vários interessados na atuação administrativa, além da própria administração." BUCCI DALLARI, Maria Paula. **Direito administrativo e políticas públicas.** São Paulo: Editora Saraiva, 2006. P. 264.

descumprimento das cláusulas compromissadas, dando ensejo à impetração da ação civil pública para a obtenção da obrigação de fazer ou ofertar o serviço.

Os inquéritos civis públicos e os procedimentos de investigação preliminares convertidos em ações civis públicas enfrentam no Poder Judiciário dificuldades processuais relacionadas, sobretudo, com a interpretação dos princípios da independência e autonomia dos poderes, discricionariedade administrativa, reserva legal e dotação orçamentária[3].

Surge então a construção doutrinária baseada na supremacia da Constituição, unidade do ordenamento jurídico, vinculação dos poderes públicos aos valores positivados nas normas e princípios constitucionais, conversão dos princípios constitucionais em normas jurídicas vinculantes, ponderação de valores como regra de escolhas administrativas[4], obrigação da Administração Pública de garantir o mínimo existencial[5] como corolário do princípio da dignidade humana, em detrimento dos princípios da independência dos poderes, discricionariedade da Administração, legalidade estrita e reserva orçamentária.

No âmbito do Poder Judiciário, o Ministério Público vem gradativamente forçando a mudança jurisprudencial dos tribunais e obtendo sentenças favoráveis condenando a Administração Pública à obrigação de fazer obras prioritárias e oferecer serviços públicos relevantes, conforme pronuncia a 2ª T. do STF:

> A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental" (RE 436.996 - Ac. de 22.11.05 , Rel. Min. Celso de Mello, DJ. 03.02.2006.
>
> A falta de recurso orçamentário não deve preocupar o juiz que lhe incumbe a administração da justiça, mas, apenas ao administrador que deve atender equilibradamente as necessidade dos súditos, principalmente os mais necessitados e os doentes . - (RE 273.834 – Ac. 31.10.00 – Rel. Min. Celso de Mello, DJ 03.02.2001).

O enfrentamento da controvérsia estabelecida entre o direito de exigir do Estado o cumprimento das prestações positivas para a realização material dos direitos humanos fundamentais e a possibilidade administrativa e legislativa de negá-los, por falta de recursos orçamentários disponíveis para custeá-los aponta para a necessidade de se exercer um controle social e institucional mais efetivo sobre o poder discricionário do gestor público e do legislador, no sentido de cobrar a deliberação responsável de prioridades orçamentárias vinculadas ao atendimento das necessidades sociais mais relevantes e compatíveis com a capacidade orçamentária disponível.

---

[3] Nesse sentido: Impossibilidade de o juiz substituir a Administração Pública determinando que obras de infra – estrutura sejam realizadas em conjunto habitacional. Do mesmo modo, que desfaça construções já realizadas para atender projetos de proteção ao parcelamento do solo urbano. Ao Poder Executivo cabe a conveniência e a oportunidade de realizar atos físicos de administração (construção de conjuntos habitacionais, etc.). O judiciário não pode, sob o argumento de que está protegendo direitos coletivos, ordenar que tais realizações sejam consumadas. As obrigações de fazer permitidas pela ação civil pública não têm força de quebrar a harmonia e independência dos Poderes. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário está vinculado a perseguir a atuação do agente público em campo de obediência aos princípios da legalidade, da moralidade, da eficiência, da impessoalidade, da finalidade e, em algumas situações, o controle do mérito. As atividades de realização dos fatos concretos pela administração depende de dotações orçamentárias prévias e do programa de prioridades estabelecidas pelo governante. Não cabe ao Poder Judiciário, portanto, determinar as obras que deve edificar, mesmo que seja para proteger o meio ambiente. (STJ, DJU 21.9.98, p. 70, Resp 169876 – SP, Rel. Min. José Delgado). P. 224 – 225

[4] A doutrina modificou-se radicalmente, abandonando o positivismo sociológico e adotando a visão principiológica em que se realçam:

a) a redução da jusfundamentalidade dos direitos sociais ao mínimo existencial e ao núcleo essencial dos direitos da justiça, o que exige a distinção entre direitos da liberdade e direitos econômicos e sociais de natureza contraprestacional, pois esses últimos só se metamorfoseiam em direitos de liberdade quanto tocados pelos interesses fundamentais.

b) a defesa da necessidade de implementação de políticas públicas pelo Legislativo e pela Administração, como caminho democrático para a afirmação de direitos sociais a ser trilhado com base na ponderação dos diversos interesses insuscetíveis de controle jurisdicional, que não se manifesta nas questões políticas;

c) o equilíbrio entre os aspectos da liberdade e da justiça, que passa pela *maximização* do mínimo existencial e pela *minimização* dos direitos sociais em sua extensão, mas não em sua profundidade.

d) a possibilidade de superação do princípio da reserva orçamentária no caso de contradição incontornável com o princípio da dignidade humana, consubstanciado no direito a prestação estatal jusfundamental." 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. P. 75.

[5] 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 submetem 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.). 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. P. 81 – 82.

Ingo Wolfgang Sarlet, nas argumentações feitas sobre a teoria constitucional administrativa da reserva do possível alerta para a obrigatoriedade de a Administração Pública e o Poder Legislativo adotarem mecanismos democráticos para o aprimoramento da gestão orçamentária e do próprio processo de administração das políticas públicas, sempre, associadas com a maior ou menor disponibilidade de recursos, assinalando:

> Como da Conta a problemática posta pelos que apontam para "um custo dos direitos" (por sua vez, indissociável da assim designada "reserva do possível"), a crise da efetividade vivenciada com cada vez maior agudez pelos direitos fundamentais de todas as dimensões está diretamente conectada com a maior ou menor carência de recursos disponíveis para o atendimento das demandas em termos de políticas sociais. Com efeito, quanto mais diminuta a disponibilidade de recurso, mais se impõe uma deliberação responsável a respeito de sua destinação, o que nos remete diretamente à necessidade de buscarmos o aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento público, assim como do próprio processo administrativo das políticas públicas em geral, seja no plano da atuação do legislador, seja na esfera administrativa(...).[6]

As decisões judiciais favoráveis à promoção dos direitos humanos representam importantes avanços e significativas conquistas da cidadania, mas estão longe de resolver a questão da efetividade dos direitos humanos fundamentais catalogados na Constituição da República. A resolução das controvérsias entre as teses da reserva do possível e a prerrogativa do Poder Judiciário em interferir nos espaços de conformação política da Administração Pública em favor da garantia dos direitos humanos fundamentais, em função das técnicas recursais empregadas, tornam os processos intermináveis, retirando a efetividade da sentença condenatória, gerando desconfiança e desprestigio sociais, tanto em relação à justiça, quanto à capacidade postulatória do Ministério Público.

A atuação do Ministério Público instaurando procedimento de investigação preliminar, inquérito civil público, firmando termo de ajustamento de conduta, emitindo recomendação e ingressando no Poder Judiciário com ações civis públicas para tutelar os direitos humanos fundamentais está revestida de elevado conteúdo social e tem provocado mudanças relevantes no comportamento administrativo das autoridades gestoras do patrimônio público. Apesar da boa qualidade do serviço prestado com a forma de atuação tradicional, o organograma normativo constitucional da instituição ministerial também propõe aos promotores e procurados de justiça a utilização de outros instrumentos funcionais, capazes de influenciar na implementação das políticas públicas de forma mais ampla e eficiente.

Concomitante à forma tradicional de agir, o Ministério Público deve se dirigir às comunidades para diagnosticar, conjuntamente com os destinatários das políticas públicas, suas necessidades mais urgentes e relevantes. Após discutirem com a comunidade as prioridades locais, os membros ministeriais irão definir de forma compartilhada quais as estratégias institucionais poderão ser adotadas para negociar com a Administração Pública, dependendo das circunstâncias reais, a implementação imediata do serviço público, ou argumentarão com os gestores e representantes do Poder Legislativo a necessidade de elegerem prioridades orçamentárias para assegurar a prestação do serviço essencial à comunidade. Só depois de superar as etapas extrajudiciais examinarão a possibilidade de ingressar em juízo com o remédio processual adequado.

Alguns dos colegas, de forma desordenada, evidentemente, já incorporaram essas práticas em suas promotorias, mas o que se está propondo vai além da atuação isolada de cada membro ministerial. A proposição prevê de forma sistemática a criação de equipes de promotores para se dirigirem às comunidades, diagnosticar as demandas sociais locais, definir soluções compartilhadas e em seguida articular com os poderes públicos as medidas administrativas para resolvê-las.

Agindo em parceria com a sociedade e as autoridades públicas, o Ministério Público inova na forma de atuação, solidifica sua legitimidade, adquire mais respaldo e confiança sociais, emprega outros instrumentos institucionais proativos para cumprir sua missão constitucional com elevada dimensão social e, sobretudo, concorre para a concretização das políticas públicas locais e a efetividade dos direitos humanos fundamentais.

O Ministério Público como articulador, mediador, fiscalizador e formulador de políticas públicas locais

Os mecanismos de controle dos atos da administração pública, utilizados nas práticas fiscalizatórias preventivas e repressivas pelos órgãos públicos e a própria sociedade, têm sido insuficientes para combater a corrupção e a apropriação dos recursos públicos destinados à conversão das políticas públicas em prestação dos serviços sociais essenciais para a concretização dos direitos humanos.

---

[6] 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. P. 31.

O Congresso Nacional, as Assembleias Legislativas e as Câmaras de Vereadores muito raramente exercem com eficiência o controle externo dos atos da Administração Pública federal, estadual e municipal, predominando os interesses políticos sobre os interesses sociais.

O controle exercido pelos Tribunais de Contas, quando surte efeitos jurídicos no âmbito administrativo, suas consequencias repressivas penais e civis levadas à apreciação do Poder Judiciário, perdem o sentido punitivo em face da demora para atingir a executoriedade da decisão definitiva. Sobre a eficiência do controle da legalidade e economicidade exercido pelo Tribunal de Contas ante os atos da Administração Pública, assenta Ana Paula de Barcellos:

> Os Tribunais de Contas não são instâncias judiciais e suas decisões não são finais, podendo sempre ser revistas pelo Poder Judiciário. Nada obstante isso, seria pouco racional, de fato, que duas estruturas estatais estivessem, ao mesmo tempo, se ocupando da mesma atividade. A questão, porém, não se coloca exatamente nesses termos. Em primeiro lugar, embora admita outros parâmetros – a saber: legitimidade e economicidade (CF, art. 70, caput) -, o controle desempenhado pelos Tribunais de Contas concentra-se na verificação da legalidade estrita das contas públicas.
>
> Em segundo lugar, os Tribunais de Contas sofrem com uma vicissitude que decorre de sua própria estrutura. Embora em muitas ocasiões seus corpos técnicos levem a cabo investigações acuradas, seus conselheiros – cuja nomeação, como se sabe, e ao mesmo tempo até agora, tem caráter marcadamente político – nem sempre estão dispostos a deliberar a favor ou contra determinado governo. Em terceiro lugar, não é incomum que as investigações dos Tribunais de Contas sejam particularmente demoradas, ultimando-se após o término dos mandatos dos agentes responsáveis pelas decisões examinadas.[7]

Os membros da sociedade integrantes dos conselhos municipais, estaduais e federais encarregados de exercer o controle dos atos da administração pública, em grande parte, padecem de capacitação técnica ou agem com interesses políticos partidários, perdendo esse instrumento político da democracia participativa seu conteúdo social. A respeito da precariedade dos efeitos do controle social exercido sobre as políticas públicas destaca ainda Ana Paula de Barcellos:

> Na ausência de controle social, a gestão das políticas públicas no ambiente das deliberações majoritárias tende a ser marcada pela corrupção, pela ineficiência e pelo clientelismo, esse último em suas variadas manifestações: seja nas relações entre Executivo e parlamentares – frequentemente norteada pela troca de favores -, seja nas relações entre os agentes públicos e a população. Nesse contexto, manipulado em suas necessidades básicas, o povo acaba por perder a autonomia crítica em face de seus representantes. É fácil perceber que corrupção, ineficiência e clientelismo minam a capacidade das políticas públicas de atingirem sua finalidade: garantir e promover os direitos fundamentais. Os recursos públicos são gastos, mas o status geral dos direitos fundamentais na sociedade sofre pouca melhora – ou apenas melhoras transitórias – e, *a fortiori*, as condições da população de participar adequadamente do processo democrático permanecem inalteradas. O ciclo então se renova: sem controle social, persistem a corrupção, a ineficiência e o clientelismo. Mais recursos públicos são desperdiçados e muito pouco se produz em favor da promoção dos direitos fundamentais. Esse, portanto, é o primeiro registro importante a ser feito sobre o tema aqui em discussão.[8]

Predomina na Administração Pública a cultura do favorecimento político patrimonialista, a troca de favores, o nepotismo encoberto na nomeação de clientes em cargos comissionados e contratos temporários, o corporativismo como forma de se perpetualizar no poder, o investimento em propaganda política e em festas de rua, em detrimento da criação de leitos em hospitais, construção de creches, promoção de concursos públicos, capacitação de professores, estruturação do sistema de segurança, urbanização das favelas, melhoria do sistema de abastecimento e esgotamento sanitário e tantas outras escolhas administrativas feitas sem os critérios da ponderação dos valores fundamentais representados na Carta Republicana.

Os desmandos praticados no trato da coisa pública atingem profundamente a classe menos favorecida, dependente de uma rede pública de ensino e saúde qualificados para poder superar as dificuldades materiais, e através da formação educacional aspirar à mudança na estrutura de classe social.

---

[7] Barcellos, 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. p. 141.

[8] *Idem. Ibdem.* P. 121.

Como destinatária das políticas públicas, a sociedade acreditava que os direitos humanos fundamentais constitucionalizados na Carta Política fossem implementados voluntariamente pelo Poder Executivo, ou reparados na justiça, através das demandas levadas à apreciação do Poder Judiciário, mas as estruturas do Estado funcionam mal, mostrando-se o sistema de freios e contrapesos impotente para corrigir os desmandos do Poder Executivo, agindo tantas vezes em conluio com o Poder Legislativo.

Enquanto a administração pública não se adequar ao novo conceito de administração pública gerencial[9], focada na capacidade técnica de seus servidores, otimização dos recursos públicos, planejamento estratégico, qualidade dos serviços prestados e satisfação dos usuários, os conflitos entre grupos, classes e indivíduos pela disputa dos recursos públicos recrudescem[10], dificultando o equilíbrio entre a sociedade civil, o estado e o próprio mercado.

A problemática da efetivação dos direitos fundamentais, sempre em contraste com as finalidades perseguidas pelos Poderes Executivo e Legislativo e os postulados da ordem econômica e social, abarrota o Poder Judiciário com demandas jurídicas individuais, difusas e coletivas, diretamente vinculadas ao exercício e manutenção dos poderes do Estado.

Hoje, a dogmática constitucional dos direitos humanos está voltada para a efetivação dos direitos de cidadania, como alternativa impostergável para a garantia do Estado Democrático e social de Direito, o desenvolvimento da Democracia e a promoção da dignidade da pessoa humana, como condição para o funcionamento normal do Estado e construção da paz social.

O ordenamento jurídico nacional, formado a partir da Constituição de 1988, deu origem a inúmeras leis especiais, alargando as atribuições do Ministério Público, colocando-o como um verdadeiro agente promovedor das ações coletivas, de conotação política fundamental para a implementação dos direitos sociais e individuais indisponíveis. Segundo atestam alguns juristas, sociólogos, cientistas políticos e operadores do direito, o Ministério Público, do ponto de vista legislativo e funcional, foi a instituição que mais se destacou, saindo da situação incômoda de secretário de juiz e defensor de alguns interesses secundários do Estado para assumir a posição de defensor dos valores republicanos.

Os postulados constitutivos do Estado Democrático e Social de Direito, formados por princípios e normas jurídicas fundamentais, precisam ser retirados do plano formal para o material, de modo a promover através da implementação de políticas públicas eficientes as transformações sociais que os objetivos da Republica Federativa do Brasil pretendem construir. Na visão crítica de Ana Paula de Barcellos as autoridades públicas têm o dever de aplicar os recursos públicos em políticas públicas capazes de contribuir com uma eficiência mínima para alcançar as metas previstas na Constituição:

> Na realidade, a vinculação jurídica dos fins constitucionais não se reduz a um mero pretexto retórico. Ou seja: a capacidade da autoridade pública de associar suas políticas públicas aos fins constitucionais por meio de argumentação retórica não satisfaz a imposição constitucional. As políticas públicas têm de contribuir com uma eficiência mínima para a realização das metas estabelecidas na Constituição; caso contrário, não apenas se estará fraudando as disposições constitucionais, como também desperdiçando recursos públicos que, como já se sublinhou, são sempre escassos em face das necessidades existentes[11].

---

[9] A gerência pública passa a ser uma peça fundamental nesta nova forma de entender a modernização do Estado. Depois das tentativas mal sucedidas de reforma administrativa, hoje não mais se espera que as normas e os procedimentos garantam automaticamente a dinâmica institucional, mas que proporcionem o marco de referência para que as pessoas encarregadas da direção estabeleçam a referida dinâmica. Em outras palavras, trata-se de mudar o papel e o perfil dos dirigentes públicos, privilegiando neles suas capacidades gerenciais e de liderança. Da condição de meros administradores dos organismos públicos passam a desempenhar papel semelhante ao de gerentes, conduzindo as instituições como unidade produtivas ou prestadoras de serviço. TOHÁ, Carolina; SOLARI, Ricardo. A Modernização Do Estado e a Gerência Pública. **Revista de Serviço Público**, Rio de Janeiro, n. 03, p. 269, set.- dez., 1997.

[10] Para fugir dessa ameaça, o Estado passa a intervir no plano econômico social. Esta ação porém , se controla o conflito de classes, acarreta outros conflitos entre grupos, decorrentes dos favorecimentos e desfavorecimentos que resultam na intervenção estatal. Multiplicam-se os conflitos sociais, ainda mais que o próprio desenvolvimento econômico, que o capitalismo acelera, propicia a expansão do pluralismo social. (...) 4.3. Ademais, em consequência do intervencionismo, sobretudo, desenvolvem-se grupos de pressão. São estes um fenômeno moderno. Constituem-se exatamente para infletir a ação econômico-social do Estado no sentido de determinados interesses. Desempenho, hoje, papel de flagrante importância no jogo econômico-político. 4.4. Em fim, em razão do mesmo intervencionismo, expande-se a burocracia estatal. Esta, que entra em conflito com outros grupos, buscando uma participação na repartição da riqueza social (ainda que nisto se disfarce com encarnação do próprio Estado), constitui um outro dos muitos grupos sociais. Mas com um grupo privilegiado, na medida em que controla a máquina administrativa. E tal privilégio se acentua no caso das empresas estatais, as quais não raro perdem de vista o interesse geral que legítima, para servirem acima de tudo ao interesse particular dos que as integram (os que tendem a ser a clientela do "donos do poder")." FERREIRA FILHO, Manoel G. Os Conflitos como Processo de Mudança Social. **Revista de Direito Administrativo,** Rio de Janeiro, v. 1, n. 219, p. 222 – 223, jan. – mar, 2000.

[11] BARCELOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. **Revista de Direito Administrativo,** Rio de Janeiro, v. 240, p. 98, abr.- jun., 2005.

Além de diagnosticar as questões sociais relevantes e prioritárias da sociedade local, o Ministério Público precisa conhecer integralmente os programas orçamentários e as políticas públicas planejadas pelos Poderes Executivos federal, estadual e municipal para compará-los com as demandas sociais identificadas em cada comunidade. Deve também ter em mãos o cronograma orçamentário, as metas e objetivos estabelecidos para a execução das obras públicas e prestação de serviços públicos essenciais incorporadas ao orçamento de cada entidade federativa, para exercer o controle preventivo e contemporâneo da economicidade e eficiência de forma a evitar o desperdício e o desvio dos recursos públicos.

No entendimento de Maria Paula Dallari Bucci a eficácia das políticas publicas depende do conhecimento das metas e objetos orçamentários, como assim do grau de articulação dos poderes e agentes públicos envolvidos:

> Quanto mais se conhece o objeto da política pública, maior é a possibilidade de efetividade de um programa de ação governamental; a eficácia de políticas públicas consistentes depende diretamente do grau de articulação entre os poderes e agentes públicos envolvidos. Isto é verdadeiro especialmente no campo dos direitos sociais, como saúde, educação e previdência, em que as prestações do Estado resultam da operação de um sistema extremamente complexo de estruturas organizacionais, recursos financeiros, figuras jurídicas, cuja apreensão é a chave de uma política pública efetiva e bem-sucedida[12].

O deslocamento do promotor do gabinete para interagir com a comunidade e as autoridades públicas contribui para diminuir o quadro de impunidade, reduzir os abusos e desvios de condutas desonestas praticadas na administração pública e legitimá-lo a postular a promoção das políticas públicas perante os gestores públicos.

Quantas comunidades municipais precisam ser organizadas e orientadas para interagir com imparcialidade, sem critérios pessoais e corporativismo, perante o poder público, mas por falta de percepção e capacitação técnica acabam cedendo a interesses políticos ou desistindo de reivindicar suas necessidades sociais porque desconfiam das práticas locais?

A coleta de informações sociais diretamente junto à sociedade produz resultados vantajosos para o membro ministerial, fazendo-o conhecer sobre a realidade social local e estabelecer prioridades institucionais, é claro, conscientizando os direitos e deveres dos cidadãos, identificando as causas da violência, elegendo prioridades sociais e discutindo a solução dos problemas mais graves e urgentes.

Intervenções, às vezes simples e baratas, poderão contribuir para a redução da violência em bairros com elevado índice de criminalidade. Aliás, não se combate a violência sem a implementação de políticas públicas preventivas. O programa estadual Pacto Pela Vida, de redução e combate à violência, prevê a implantação de 138 projetos para serem executados em bairros e comunidades locais com a finalidade de reduzir o índice de homicídio, no entanto, algumas comunidades queixam-se pela falta de iluminação pública que depende da implementação de uma ação governamental municipal de simples complexidade.

As necessidades de racionalizar as funções do promotor de justiça demandista, preso e dependente da burocracia processual do Poder Judiciário, para adequá-las ao novo perfil constitucional, foram cabalmente justificadas por Marcelo Pedroso Gular, com as seguintes averbações:

> Na esfera criminal, a atuação do Ministério Público limita-se ao ajuizamento das ações penais e ao acompanhamento da instrução processual. Essa atuação é individual e está reduzida à persecução atomizada de infratores-réus. Não há trabalho em equipe. O crime e o criminoso só existem no mundo do processo, e a criminalidade é desconsiderada enquanto fenômeno social. (...)
>
> Na esfera civil, convivem as figuras do Ministério Público Agente e do Ministério Público Interveniente. A distinção revela a visão meramente processual do Ministério Público Cível. De um lado, o órgão que instaura processos ajuizando ações civis públicas; de outro, o que intervém nos processos, nos casos em que a lei determina. Não existe Ministério Público fora do processo. (...)
>
> No campo da defesa dos interesses coletivos e difusos, essa visão processual restringe os procedimentos administrativos e inquéritos civis a instrumentos de coleta das provas necessárias ao embasamento das ações civis públicas. O Ministério Público transfere para o Poder Judiciário, via ação civil pública, a solução de todas as questões que lhe são postas pela sociedade. Trata-se de um Ministério Público dependente do Judiciário. (...)
>
> Na esfera penal, o Ministério Público não pode andar a reboque das iniciativas policiais. Deve tomar a iniciativa e assumir a direção da investigação criminal, produzindo diretamente as

[12] BUCCI DALLARI, Maria Paula. **Direito administrativo e políticas públicas.** São Paulo: Editora Saraiva, 2006. P. 249.

> provas mais importantes à persecução realizadas pela Polícia Judiciária. Os promotores criminais devem atuar de forma integrada, equipando-se e organizando-se para enfrentar a criminalidade difusa.
> Na esfera civil, não pode ficar na dependência das decisões judiciais. Deve ter, como horizonte, a solução direta das questões referentes aos interesses sociais, coletivos e difusos. Os procedimentos administrativos e inquéritos civis devem se instrumentos aptos para tal fim. O Ministério Público deve esgotar todas as possibilidades políticas e administrativas de resolução das questões que lhe são postas, utilizando esses procedimentos com o objetivo de sacramentar acordos e ajustar condutas, sempre no sentido de afirmar os valores democráticos e realizar na prática os direitos sociais. [13]

O cidadão, depois de conhecer o promotor de justiça e adquirir confiança em suas ações, passa a agir como natural fiscal das políticas públicas e se transforma em eficiente agente colaborador da instituição, prestando informações relevantes sobre corrupção, abusos e desvios de finalidade pública, identificação de pessoas envolvidas em grupo de extermínio, tráfico e uso de drogas, indicação das causas da evasão escolar e tantas outras demandas que chegam ao conhecimento do Ministério Público através de representações feitas pela sociedade organizada. Haverá interação entre o Ministério Público e a sociedade, ambos formando espaço público de resolução dos conflitos sociais, agindo como parceiros na luta contra a criminalidade organizada, a corrupção, a apropriação do patrimônio Público e social, tudo em favor da implementação dos direitos humanos.

> Combater a impunidade e ir de encontro aos interesses da comunidade diretamente nas ruas estão entre as metas do novo Ministério Público.
> Com efeito, o Ministério Público deverá sair dos gabinetes e das salas de audiências para as ruas, escolas, instituições, igrejas, órgãos públicos etc.
> Trata-se de uma operação, prevista no campo de atuação institucional, de maior relevância – encontro marcado entre a sociedade civil e Ministério Público para o enfrentamento das grandes questões que afligem a Nação.
> Trata-se, ademais, de conscientização de bem servir à coletividade.
> Sem burocracia, e em linha de agilização, os Promotores de Justiça, agentes maiores da defesa da sociedade, das diferentes áreas de atuação (meio ambiente, consumidor, infância e juventude, cidadania, sonegação fiscal, moralidade pública, acidente de trabalho, deficientes, idosos, família etc.) deverão ir de encontro aos bairros, preferencialmente aos das periferias, ouvindo, dialogando, orientando, colhendo dados, registrando queixas, para promover soluções imediatas ou a curto prazo, por meio de procedimento judicial ou extrajudicial. Importa para este fim que sejam instaladas as Promotorias de Justiça Comunitárias.
> Inegavelmente, quando o Ministério Público for às ruas, a cidadania será preservada, a delinquência enfraquecida e o cidadão será o centro das atenções".[14]

Esse inovador proceder voltado para a modificação da realidade social predomina em pequena parcela de promotores e procuradores, por isso, embora haja uma inquietação e o desejo institucional de modificar a maneira de atuar, as mudanças ocorrem muito lentamente, necessitando de um projeto de mobilização institucional para acelerar o processo de conversão do promotor demandista para o promotor resolutista, reservando-se as atividades processuais a casos de relevante interesse social, definidos com base em criteriosa racionalidade funcional.

> O tema da racionalidade da atuação funcional do Ministério Público na área cível tem sido objeto de preocupação e reflexão por parte dos Promotores de Justiça brasileiros. Esta legítima preocupação se justifica em razão de diversos motivos que poderiam ser assim sintetizados: 1) necessidade do estabelecimento de prioridades para a ação institucional, de modo a aumentar seu grau de efetividade; 2) adequação do Ministério Público ao seu novo perfil institucional cristalizado no texto constitucional de 1988; 3) anacronismo de determinadas funções ou atribuições face os interesses sociais a que o Ministério Público está encarregado de proteger; 4) Inexistência de interesse público, social ou individual indisponível a ser protegido em feitos em que o Ministério Público atua especialmente na condição de *"custos legis"*.[15]

---

[13] GULART, Marcelo Pedroso. Missão Institucional do Ministério Público. **Revista do Ministério Púbico de Pernambuco**, Ed. Especial, Recife, v. 3, n. 6, p. 35 – 37, 2002.

[14] GONÇALVES, Edilson Santana. O Ministério Público no Estado Democrático de Direito. **Revista Forense**, p. 170, dez., 1999.

[15] MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Proposta da Intervenção do Ministério Público no Cível a Partir do Conceito de Interesse Social. **Revista da Associação do Ministério Público de São Paulo,** São Paulo, p. 70, dez. - fev., 2001.

Um Ministério Público moderno, inovador, transformador social e garantidor da cidadania está mais concebido para ser mediador, articulador social, fiscalizador e orientador de políticas públicas do que continuar com o perfil excessivamente demandante. Cabe aos promotores se dirigirem à comunidade, associações de bairros, entidades de classes e outras organizações da sociedade civil para interagir com os cidadãos, ouvi-los, discutir os problemas, formar parcerias, promover audiências públicas, palestras e reuniões, o mecanismo depende da necessidade local, o importante é começar a fazer e adotar práticas democráticas participativas para resolver as demandas sociais.

Conclusão

O Ministério Público normalmente age por provocação das instituições oficiais ou de algumas entidades organizadas na sociedade civil, exatamente porque predomina na organização ministerial a cultura do promotor de gabinete atarefado com elevado número de processos e preocupado em dar respostas céleres aos prazos judiciais e à burocracia administrativa, sem avaliar o conteúdo de seus atos e a significação social dos resultados de suas atividades.

A tradicional atuação predominantemente demandista do Ministério Público está revestida, sem dúvida, de elevado conteúdo social e vem contribuindo para a construção progressiva da doutrina e jurisprudência da promoção e defesa dos direitos humanos e para melhorias do comportamento ético da administração pública, mais pouco tem repercutido sobre os programas orçamentários e a execução das políticas públicas conduzidas pelos poderes legislativo e executivo.

Os direitos humanos fundamentais catalogados na Constituição Federal como prestações positivas destinadas a promover a dignidade da pessoa humana e construir uma sociedade livre, justa e solidária, para se converterem em realidade social, dependem do grau de envolvimento da sociedade civil e das autoridades públicas com o planejamento orçamentário e a execução das políticas públicas nos municípios das unidades da federação.

Agindo sem o devido controle social e de algumas instituições oficiais, os Poderes Legislativos e Executivos atuam livremente, estabelecendo sem critérios éticos sociais suas prioridades orçamentárias e administrativas, sem reservar recursos para desenvolver as políticas públicas vinculadas à promoção do interesse público primário e à realização dos direitos sociais, econômicos, ecológicos e culturais das comunidades carentes existentes nas localidades municipais.

A adequação das atribuições do promotor de justiça ao perfil desenhado no organograma institucional moderno, comprometido com a concretização das normas constitucionais e o desenvolvimento econômico e social local e regional, aponta para a criação das promotorias de articulação, mediação e formulação de políticas públicas, sem prejuízo de continuar sendo eficiente nas demandas qualificadas como de relevante interesse social.

Cabe ao Ministério Público, na qualidade de defensor da sociedade e guardião dos direitos humanos fundamentais, racionalizar suas funções demandistas e redirecionar as atividades ministeriais para o público externo, transformando os promotores e procuradores em agentes políticos articuladores, mediadores, fiscalizadores e formuladores sociais de políticas públicas.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático: para relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, RDA vol. 217, 1999.

ARANTES, Rogério Bastos. *Direito e Política: O Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos.* São Paulo: RBCS vol. 14, 1999.

BARCELLOS, 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.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. *Revista de Direito Administrativo,* Rio de Janeiro, v. 240, p. 98, abr.- jun., 2005.

BRASIL. Constituição (1988). *CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.* Brasília, DF: Senado, 1988.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos, *Cidadania e Res Publica: A Emergência dos Direitos Republicanos,* RDA Renovar, 208, abr./jun.,1997.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas.* São Paulo: Saraiva, 2006.

DA SILVA, José Afonso. *Acesso a Justiça e Cidadania.* Rio de Janeiro: Renovar, RDA vol. 216, 1999.

FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo, Coordenador. *Um Novo Modelo de Gestão Para o Ministério Público.* São Paulo: Ed. Associação Paulista do Ministério Público, 2003.

_____, Antônio Augusto Mello de Camargo. *Ministério Público: Quando o Passado Aponta o Futuro.* São Paulo: Revista APMP Nº 05, 1997.

_____, Antônio Augusto Mello de Camargo. *Ministério Público: Instituição e Processo.* São Paulo: Atlas, 1997.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Os Conflitos como Processo de Mudança Social.* Rio de Janeiro: RDA, Renovar, 2000.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público: Organização, Atribuição e Regime Jurídico.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

GOMES, Luís Roberto. *O ministério Público e o Controle da Omissão Administrativa.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

GONÇALVES, Edílson Santana. *O Ministério Público e o Futuro.* Curitiba: Juruá, 1999.

GONÇALVES, Edilson Santana. O Ministério Público no Estado Democrático de Direito. *Revista Forense,* p. 170, dez., 1999.

GULART, Marcelo Pedroso. Missão Institucional do Ministério Público. *Revista do Ministério Púbico de Pernambuco,* Ed. Especial, Recife, p. 35 – 37, 2002.

GULART, Marcelo Pedroso. *Princípios Institucionais do Ministério Público*: A Necessária Revisão Conceitual da Unidade Institucional e da Independência Funcional. 2001. 2 f. Tese - XVII Congresso Nacional do Ministério Público. Os novos desafios do Ministério Público, Salvador, 2007.

_____, Marcelo Pedroso. *Princípios Institucionais do Ministério Público: A Necessária Revisão Conceitual da Unidade Institucional e da Independência Funcional.* Bahia: XVII Congresso Nacional do Ministério Público, Livro de Teses, 2007.

LOPES, Júlio Aurélio Vianna. *Democracia e Cidadania: o novo Ministério Público brasileiro.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Proposta da Intervenção do Ministério Público no Cível a Partir do Conceito de Interesse Social.* São Paulo: Revista da Associação do Ministério Público de São Paulo, 2001.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Propostas de um novo Ministério Público.* São Paulo: Justitia, 2000.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Inter-relação entre sociedade civil e a sociedade política (Estado).* Belo Horizonte: Fórum Administrativo – Dir. Pub, ano 7, nº 75, 2007.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Cidadania e Res Publica: A Emergência dos Direitos Republicanos.* Rio de Janeiro: Renovar, RDA vol. 208, 1997.

PESSOA, Robertônio Santos. *Constituição, democracia e burocracia: a formulação e a execução de políticas públicas.* Belo Horizonte: Fórum Administrativo – Dir. Administrativo, ano 7, nº 73, 2007.

SADEK, Maria Tereza. *Diagnóstico Ministério Publico dos Estados.* Brasil: Ministério da Justiça, 2006.

SALDANHA, Clesio. *Introdução à gestão pública.* São Paulo. Saraiva, 2006.

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.

TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo Participativo.* Rio de Janeiro: Renovar, RDA Vol. 209, 1997.

TOHÁ, Carolina, SOLARI, Ricardo. *A Modernização do Estado e a Gerência Pública.* Revista de Serviço Público nº 03, 1997.

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.

VASCONCELOS, Waleska B. de C.. *Pós-modernidade e democracia participativa na Administração Pública Brasileira.* Belo Horizonte: Fórum Administrativo – Dir. Público, ano 7, nº 76, 2007.

068

O PROMOTOR DE JUSTIÇA NA INDUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Itamar Dias Noronha

Procurador de Justiça do Estado de Pernambuco

INTRODUÇÃO

Transcorridos vinte anos da Constituição da República Federativa do Brasil cuja promulgação ocorreu em outubro de 1988, a análise retrospectiva das repercussões sociais das atividades do Ministério Público podem ser avaliadas a fim de prestarmos melhor e mais adequado serviço à sociedade.

Em 2004, o Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística (IBOPE) realizou, a pedido da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, pesquisa sobre nossa instituição quando entrevistou duas mil pessoas, com idade entre dezesseis anos ou mais, em cento e quarenta e cinco municípios brasileiros.

Destacou-se o Ministério Público, no Sistema de Segurança e Justiça, como o de melhor imagem, com 58% (cinqüenta e oito por cento); no item: Grau de Conhecimento, 6% (seis por cento) conheciam-no bem, 37% (trinta e sete por cento) mais ou menos e 43% (quarenta e três por cento) somente ouviram falar; como as áreas mais prioritárias para sua atuação, com duas opções para cada pessoa entrevistada, foram apontadas: combate ao crime em geral, 39% (trinta e nove por cento), à corrupção, 35% (trinta e cinco por cento) e defesa da infância, juventude, idosos e deficientes, 34% (trinta e quatro por cento), tendo sido apresentado como item separado, o combate ao trabalho infantil com 19% (dezenove por cento), seguindo-se o combate ao trabalho escravo com 13% (treze por cento), defesa dos consumidores, 12% (doze por cento) e do ambiente, 10% (dez por cento), fiscalização dos processos de acidente do trabalho, dos processos de família e dos indígenas, com 7% (sete por cento), 6% (seis por cento) e 2% (dois por cento), respectivamente.

Quanto à atuação do Ministério Público, 62% (sessenta e dois por cento) afirmaram que deve ser ampliada, demonstrando claramente a sensação de hipossuficiência pela maioria.

A aprovação do nosso trabalho foi de 61% (sessenta e um por cento) do universo pesquisado.

Embora tenha sido predominante a referência à persecução penal, pois o combate à corrupção está muito associado ao aspecto criminal, observamos que nossa atividade nos setores de criança, adolescente, deficiente, idoso, consumidor e ambiente, é percebida por percentuais que, apesar de não terem alcançado 15% (quinze por cento), nas duas últimas áreas, demonstram níveis razoáveis, levando-se em conta que a pesquisa ocorreu quando eram decorridos quinze anos de vigência da Constituição Federal.

A partir disso, sabemos que o Ministério Público tem correspondido às expectativas de grande parte da população e que, estimulados por este reconhecimento, podemos consolidar as conquistas e avançar na busca de formas mais eficientes no exercício de nossas funções constitucionais e legais.

CONSTITUIÇÂO DIRIGENTE E POLÍTICAS PÚBLICAS

Os estudiosos do Direito Constitucional, dentre as várias classificações das constituições, referem-se, quanto à finalidade, em duas categorias: as sintéticas (garantidoras) e analíticas (dirigentes).

As primeiras caracterizam-se pela previsão, somente, dos princípios e normas gerais de regência estatal, organizando-o e limitando seu poder (ex. Constituição Norte-americana); as segundas trazem todas as matérias consideradas relevantes à formação, destinação e funcionamento do Estado (p.ex., a Constituição brasileira atual).

O Constituinte elaborou a Norma Fundamental vigente com a característica de Constituição-dirigente quando define fins e programa de ação futura (Silva,Afonso).

Na Doutrina estrangeira, Canotilho, ao se referir à segunda das categorias de constituição acima mencionadas, afirma que nenhuma norma constitucional, principalmente as que consagram direitos fundamentais, podem ser entendidas como meros programas, pois são imposições dirigidas aos órgãos políticos, têm de estar presentes nas tarefas concretizadoras realizadas por eles ou quaisquer pessoas encarregadas de implementar estes direitos.

Ressalta que a Constituição-dirigente tem os direitos fundamentais como seus elementos integradores e acrescenta: "Os direitos sociais, econômicos e culturais assumem ainda a **função dirigente** quando servem de **imposição** para a sua concretização. Assumem-se como normas impositivas e, dentro do econômico, social e culturalmente possível, fixam os pressupostos para a sua realização (criação de unidades de saúde, estabelecimentos de ensino, sistemas de segurança social)" (Revista de Direito Público, n º 7, p. 85).

A Norma Básica brasileira, por se caracterizar como dirigente, é permeada por dispositivos que devem ser cumpridos pelos órgãos estatais quando da elaboração dos programas governamentais.

O seu artigo 1º erige, como um dos fundamentos do Estado democrático de direito, a dignidade da pessoa humana e, no artigo 3º, estão enumerados os seus objetivos fundamentais: construir uma sociedade livre , justa e solidária ; garantir o desenvolvimento nacional ; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais ; promover o bem de todos , sem preconceitos de origem , raça , sexo , cor , idade e quaisquer outras formas de discriminação.A partir deles, decorrem todos os preceitos integrantes do nosso ordenamento jurídico, somente excepcionados no texto constitucional .

Ela traz os direitos e garantias individuais e políticos clássicos (liberdades públicas), os econômicos, sociais e culturais e os de solidariedade cuja titularidade é difusa.

A maioria da população do nosso país, desde o período colonial, passando pelo imperial e, em grande parte, no republicano, esteve à margem da fruição, até mesmo, não poucas vezes, dos direitos individuais de primeira geração motivo pelo qual, no ensejo da redemocratização, após o decurso de duas décadas sob o regime militar instaurado em 1964, elaborou-se a Constituição Cidadã cuja finalidade foi iniciar um país democrático onde a justiça social seja efetiva.

Para que isso se concretize, são necessárias as políticas públicas que constituem os programas de trabalho dos Poderes, Órgãos Estatais ou entidades privadas cuja finalidade deve ser promover o bem comum.Os programas de governo ou as políticas públicas, neste contexto, tanto estão presentes em vários dispositivos da Lei Básica de 1988, como na legislação infraconstitucional; ressalte-se que, no âmbito da Norma Fundamental, encontram-se várias diretrizes a serem observadas pelos agentes públicos aos quais incumbe elaborar ou implementar os mais diversificados planos de ação como , por exemplo ,desde aqueles referentes à saúde , educação , lazer (arts 196 a 200, 205 a 214 e 217,§ 3º) ,como seguridade social (arts. 194 e 195) ou livre concorrência (art. 170,IV) dentre outras matérias.

Pode-se, por isso, afirmar que os atores sociais acima mencionados têm seu programa de metas, em maior ou menor intensidade, sujeito às políticas públicas com matriz no ordenamento jurídico, no caso brasileiro eminentemente nas normas constitucionais, que, numa democracia, devem decorrer das escolhas feitas pela sociedade, direta ou indiretamente, para legitimar-lhes as atividades, sendo correto asseverar serem elas sinônimos de Políticas de Estado, em outra palavras, são aquelas coerentes com os fundamentos da sociedade politicamente organizada, sendo, daí, conseqüência lógica a sua prevalência diante das opções equivocadas de quem, no exercício do poder estatal, afasta-se daqueles princípios.

Daí é oportuno afirmar, também, que as normas constitucionais da ordem social delimitam políticas públicas, vinculantes para o administrador, as quais visam ao efetivo exercício dos direitos sociais para a realização daquela: o bem estar e a justiça social, sendo que o seu descumprimento gera responsabilidade jurídica da Administração Pública, porquanto tal conduta é inconstitucional e ilegal (Firscheisen , Luiza).

O Brasil, após o decurso de duas décadas de vigência da Constituição Cidadã, ainda é um país onde existe muito a fazer para a efetividade dos direitos sociais, econômicos, culturais e de natureza difusa. É óbvio que, num período curto de tempo como este no qual voltamos ao regime democrático, não se pode esperar que haja grandes mudanças naqueles setores mais vulneráveis da sociedade, mas é preciso estar sempre em busca de obter os melhores resultados com menor tempo, pois os dados estatísticos nos revelam situações que incomodam aos que estamos investidos nas funções do Ministério Público.

Eis alguns números: Em 2004 e 2005 – as despesas públicas na área de saúde foram 4,8% do PIB e com educação 4,4% ;em 2007 – 10% da população com mais de 15 anos de idade era constituída de analfabetos e 25% de analfabetos funcionais (Fonte: Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (DESC/ONU); 30% dos domicílios não tinham esgoto sanitário; em 2004 – 20% dos mais pobres tinham a participação de 2,8% no consumo nacional, enquanto 20% dos mais ricos participavam de 61,1%; para cada 100 mil habitantes havia 115 médicos (Fonte: Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento); em 2006 – 56% das crianças de 0 a 6 anos de idade e 18 milhões de adolescentes , com até 17 anos ,estavam abaixo da linha de pobreza .; apenas 17,1% das crianças de 0 a 3 anos de idade tinham acesso às creches ; 1 milhão e 300 mil adolescentes entre 7 a 14 anos eram analfabetos; em 2007 , tivemos resultados melhores – diminui em 17,7% o número de analfabetos entre 15 a 17 anos de idade e , na década de 1997 a 2007,o índice de pobreza decresceu em 10% (Fonte : IBGE)

Num país em que os contribuintes pagam um dos maiores percentuais de tributos a nível mundial, faz-se necessária mais eficiência dos administradores públicos no que tange aos direitos sociais econômicos e culturais,

através de políticas públicas aptas a lhes tornar realidade, pois esta situação configura um atentado aos princípios fundamentais do Estado Brasileiro, impondo-se, daí, com maior intensidade, o exercício das funções do Ministério Público como indutor dos programas de ação dos Poderes e órgãos estatais, dos seus delegatários e do terceiro setor.

O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO INDUTOR DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

No âmbito do Direito Constitucional brasileiro, como ficou assentado no título anterior, as políticas públicas têm lugar destacado no texto da Norma Básica do país, além de constar na legislação infraconstitucional.

O Ministério Público, por destinação constitucional, é legitimado ao exercício da atividade de indução à implementação das políticas públicas, podendo, inclusive, provocar o Poder Judiciário para determinar ao Estado-Administrador que preste o serviço correspondente ao direito social previsto no ordenamento jurídico.

A mora do administrador público no cumprimento destas diretrizes dos programas governamentais, suscitou, até 2004, grandes debates na Jurisprudência, embora na Doutrina já houvesse prevalecido , na voz dos (as) mais respeitáveis juristas , o entendimento segundo o qual é possível o controle judicial da atividade administrativa que descumpra os preceitos constitucionais ou legais referentes às políticas públicas.

Embora não se refira expressamente a este caso, Celso Bandeira de Mello, ao tratar do controle judicial dos atos administrativos discricionários, afirma que compete ao Judiciário "investigar se há ou não correlação lógica entre os suportes materiais do ato e o conteúdo idôneo para o atendimento dos fins que a lei elegeu como perseguíveis no caso. Todo este procedimento é não apenas um direito que assiste ao Judiciário, mas, sobretudo, um dever indeclinável, porque corresponde exata e até literalmente à dicção do Direito no caso concreto. É o meio específico e próprio de identificar os confins da liberdade administrativa e assegurar o princípio da legalidade, noção cardeal no Estado de Direito. Ademais, representa a expressão concreta de dois outros princípios magnos: o de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em ato fundado precedentemente em lei e de que nenhuma lesão de direito individual pode ser subtraída à apreciação do Poder Judiciário" (Curso de Direito Administrativo , págs. 914-915,18a. ed).

Especificamente sobre o controle judicial quanto à inobservância das políticas públicas previstas na Constituição Federal vejam-se Luíza Cristina Fonseca Firscheiser, ob. cit., ed. 2000,Fábio Comparato ,Ensaio Sobre o Juízo de Constitucionalidade de Políticas Públicas, pág. 18 , ed. 1997 e Rodolfo Mancuso , Controle Judicial das Chamadas Políticas Públicas , ACP , 15 Anos ,pág. 730, ed. 2001,dentre outros.

Na Jurisprudência, eram raras, seguindo esta entendimento, decisões de segunda instância até recentemente, sendo exceções acórdãos do TJ de São Paulo, 1ª. Câmara de Direito Público, Ap. Cív. 47991-5, 16.11.99 e do TJ do Rio Grande do Sul, Ap. Cív. 596017897, 12.3.97.

No STJ, somente em 2004 foi encampada a interpretação doutrinária supramencionada no julgamento do RESP 575280, Primeira Turma, por maioria, Rel. p/ acórdão Luiz Fux , 25.10.2004 , em 2007 a Segunda Turma decidiu em sentido oposto no RESP 782196 , Rel. Eliana Calmon , 13/03/2007 , mas em abril do mesmo ano , foi mudado o entendimento daquele órgão julgador no RESP 510598 , Rel. João Otávio de Noronha, 17/04/2007, por maioria.

No STF, em 2004, acolheu-se a tese predominante na Doutrina acerca da questão, no julgamento da ADPF 45 (Informativo STF nº 345/2004), Rel. Celso de Mello , reiterada pela Segunda Turma, AGRE 410715-5 , 22.11.2005 .

A propositura da ação civil pública para obter a prestação de serviço de relevância social à população, pode parecer que constitui uma forma pela qual o Ministério Público atua como indutor do Poder Judiciário para que este implemente determinada política pública em face de ato omissivo do Estado-Administrador.

Aliás, o Ministro Celso de Mello, no voto proferido no AGRE acima mencionado, afirma que: "É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas..., o encargo reside primariamente nos Poderes Legislativo e Executivo.Impende assinalar , no entanto , que tal incumbência poderá atribuir-se , embora excepcionalmente , ao Poder Judiciário, se e quando órgãos competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer , com tal comportamento , a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional , como sucede na espécie ora em exame"(www.stf.jus.br).

Entendo, porém, que, em casos como este, o Judiciário não induz nem implementa e, sim , condena o administrador público a cumprir seu dever como agente político.

A atividade de indutor de políticas públicas, no tocante ao Ministério Público, deve ocorrer quando tem acesso à notícia de ato comissivo ou omissivo praticado pelo responsável pela sua criação e implementação.

É necessário que o Ministério Público fixe, no seu planejamento estratégico, as metas de sua atuação como indutor das políticas públicas, elegendo as prioridades a nível estadual, regional e municipal, pois devem ser consideradas as respectivas demandas.

Isso será fator de otimização da atividade ministerial, porquanto, estabelecidos os objetivos gerais e as questões específicas das regiões e municípios, evitar-se-á dispersão do atuar institucional e o desperdício de tempo.

Neste trabalho, é relevante a visão interdisciplinar, pois haverá maior consistência no diálogo com os Poderes e órgãos do Estado, delegatários dos serviços públicos e entidades do terceiro setor se tivermos nível básico de conhecimento das temáticas extrajurídicas que serão objeto de nosso discurso, até mesmo porque poderemos nos dirigir a integrantes da assessoria técnica do responsável pela execução das políticas públicas.

Disso decorre que a oferta de seminários ou cursos de curta duração pelas Escolas do Ministério Público aos seus membros será útil ao seu aprimoramento profissional.

A orientação transmitida por servidores especializados do Ministério Público (ex.: manuais temáticos ou dados estatísticos divulgados por entidades idôneas) ou sua presença no momento do diálogo podem, ademais, constituir suporte aos órgãos ministeriais a fim de que atuem com mais eficiência.

A indução das políticas públicas, além do embasamento acima referido deve, em princípio, ser precedida pelo diálogo constante com o povo, não somente pela nossa receptividade aos seus reclamos quando procurados para tomarmos alguma providência, mas principalmente indo ao seu encontro; pode-se tornar rotina institucional atuarmos como Ouvidores da Sociedade em reuniões periódicas com as comunidades em espaços cedidos por ela ou por outrem.

É preciso estarmos atentos às opiniões de pessoas com maior vínculo comunitário, ou pelo longo tempo no qual ali têm domicílio, ou pela liderança que exercem.

Na outra ponta, será necessário dialogar com os Chefes de Poder e, principalmente, com assessores técnicos e políticos, porquanto, em muitos casos, são eles que, de fato, criam ou implementam as políticas públicas.

Neste panorama, apresentam-se as mais variadas formas de induzi-las: apresentação de padrões de desempenho ambiental a serem fixados para expedir licenças de funcionamento de atividades econômicas levando em conta, por exemplo, que está sendo utilizado, recentemente, por alguns órgãos licenciadores, com bons resultados, o exame das características locais de água, ar e solo, deslocando-se de modelos legais rígidos ou, na ausência de normas jurídicas, ocorre negociação de critérios específicos ao lado de políticas fiscais, educacionais, sanitárias, porquanto atividades de expressivo impacto ambiental interferem, igualmente, noutros setores (Ribeiro F. e Krugliam I.); utilização de experiências bem sucedidas (escolas em tempo integral, inclusão de matérias transversais – noções de higiene, ética, educação fiscal, dentre outras - expansão das terapêuticas baseadas nas práticas populares e tradicionais, priorizar o atendimento médico-odontológico através das equipes de saúde com ênfase na atuação preventiva e descentralizada para chegar aos locais mais distantes dos centros urbanos ou bairros de difícil acesso, incentivar o trabalho conjunto das aludidas equipes e ONGs ou movimentos sociais (ex., pastoral da criança) , dentre outras.

A busca de soluções para os problemas da sociedade será mais proveitosa na medida em que for possível obter o cumprimento espontâneo , pelo prestador do serviço de relevância social , da sua obrigação como criador ou implementador das políticas públicas cabendo ao Ministério Público emitir , em princípio, a recomendação que tem sido, com índices satisfatórios , frequentemente utilizada.Ao lado desta estratégia , pode-se , no contato pessoal com outros atores políticos , fortalecer a indução ministerial . Em Pernambuco, p.ex., no ano de 2005, o Procurador Geral de Justiça, na solenidade de sua posse, realizada na Assembléia Legislativa Estadual, convocou todos os Deputados a assumirem o compromisso, formalizado na assinatura de um termo, para, junto aos Prefeitos dos Municípios, realizarem esforços no sentido de priorizar a criação e funcionamento dos conselhos de direitos da criança e adolescente e dos órgãos tutelares, como uma das etapas do Projeto Primeiro a Infância, cujo resultado, em um ano, atingiu quase 100% (cem por cento) da meta.

Outro meio bastante conhecido de indução das políticas públicas é a realização, no procedimento investigatório preliminar ou no inquérito civil, do termo de ajustamento de conduta com a finalidade de efetiva-las, em breve tempo, e evitar o desgaste notório que ocorre quando se ingressa no Judiciário. A atuação integrada do Ministério Público, em todo o território de um Estado-membro, neste campo, traz benefícios de grande significado social, tanto pelo conteúdo dos direitos concretizados, como pela abrangência dos usuários do serviço prestado , quando , por exemplo, consegue-se êxito no tocante à solução de problemas referentes ao deficiente atendimento médico-odontológico nos municípios em geral (a respeito, em 2006, em Santa Catarina, foram realizados mais de duzentos termos de ajustamento de conduta com administradores municipais com ótimos resultados).

Nas audiências realizadas, por iniciativa do Ministério Público, ora com os destinatários dos serviços de relevância social ou com os agentes políticos ou privados responsáveis por sua prestação, isoladamente ou em conjunto , quando são apresentados e debatidos problemas referentes aos diversos campos de incidência das políticas públicas , surgem, também, as soluções conciliatórias para as quais, muitas vezes, nossa instituição atua decisivamente como indutora das políticas públicas. Em Pernambuco, a título de ilustração, o Ministério Público realizou , em 2006 , audiências das quais resultaram a implementação , em Municípios da Região Metropolitana do Grande Recife, das Comissões de Defesa Civil e , no Agreste pernambucano , conseguiu envolver pequenos e médios empresários de confecções em geral com Prefeitura , empresa pública de água e saneamento e órgão estadual de defesa ambiental para sanar grave problema de poluição causado por aqueles empreendedores privados tendo sido satisfatório o resultado .

A mobilização da sociedade pelo órgão ministerial, em regiões nas quais haja previsão de intervenções da Administração Pública para realizar obras que possam causar impactos ambientais, econômicos e sociais, pode ser

importante para impedir a sua realização ou diminuir-lhes os danos, induzindo o Executivo a reestruturar o projeto a fim de que se torne, verdadeiramente, uma política para a sociedade.

Outro espaço importante é o dos conselhos comunitários de saúde, da infância e juventude, dos deficientes etc., pois neles o Ministério Público deve ter como objetivo permanente esta atividade institucional, pois muitas são as oportunidades de persuadir os conselheiros no processo de elaboração das políticas públicas nos setores ali mencionados e no acompanhamento da fase executória.

Na intensidade desta prática, caracteriza-se o que se denomina Estado em rede e Governança Pública, ou seja, administrar com diálogo, negociação, acordo, sobressaindo o modelo que passa a contemplar a bilateralidade e multilateralidade, transitando da gestão autoritária para administração aberta, democrática, compartilhada, de fato, com os cidadãos (Oliveira Gustavo e Schwanka Cristiane).

O Ministério Público, por outro lado, também deve exercer esta função em face do Legislativo e Judiciário.

Junto ao primeiro, no acompanhamento da sua atividade legisferante, nossa instituição examinará o conteúdo dos projetos que ali tramitam para verificar se estão coerentes com as políticas públicas previstas nas Constituições Federal e Estadual além de persuadir seus membros a criar novos programas de ação dos atores políticos para melhor suprir as carências da sociedade.

Quanto ao segundo, induzir que sejam introduzidas ou implementadas políticas públicas para garantir a efetividade do acesso de todos à utilização dos serviços jurisdicionais e à razoável duração processual (criar Varas, Juizados e Câmaras ou Turmas específicas para processar e julgar as causa que envolvam direitos coletivos, demandas referentes a interesses de hipossuficientes de qualquer espécie, crimes contra o erário, sistema objetivo para efeito de promoções e remoções de magistrados baseado no fator: tempo de tramitação dos processos, dentre outros), persuadi-lo a, nos projetos de lei orçamentária, destinar, com prioridade absoluta, recursos financeiros para criar, manter ou ampliar as equipes interprofissionais de apoio aos Juízos da Infância e Juventude (art, 150 do Estatuto da Criança e do Adolescente) etc.

Como dissemos acima, a necessidade do conhecimento básico de áreas extrajurídicas para que possamos, no enfrentamento dos desafios inerentes a esta atribuição de Ouvidor do Povo, gestor de planejamento de políticas públicas e fiscal de sua implementação, sopesar as demandas sociais e seus reflexos políticos e econômicos exigem que nossa formação profissional seja reformulada.

Na intensificação desta atividade ministerial, surgirão informações obtidas nos opinativos dos técnicos do quadro de servidores de nossa instituição e de outros órgãos especializados vinculados aos atores políticos ou de instituições independentes o que exigirá de nós um lastro teórico razoável para utilizarmos persuasão bem fundamentada e apontarmos, com segurança, as prováveis soluções, principalmente pelo maior respeito dos segmentos sociais em geral ao Ministério Público.

No que tange ao terceiro setor, nossa atividade de indutor de políticas públicas faz-se, cada vez mais, necessária vez que as pessoas jurídicas que nele atuam devem desenvolver trabalhos que, pela sua natureza, são de interesse público.

Com seus dirigentes, tal como ocorre na relação com os atores políticos, é nosso dever institucional dialogar, aproximá-los da população para fomentar a troca de idéias, para atuarmos no sentido de aperfeiçoar-lhes a prestação dos seus serviços, pois sabemos que as ONGs, e fundações exercem, ainda , o papel de auxiliares dos órgãos públicos e, até mesmo, não poucas vezes, o de seus substitutos em face das mazelas ainda neles existentes.

Nesta área, entendo que existe um vasto campo para induzirmos políticas públicas, a partir do mapeamento das pessoas jurídicas do terceiro setor - suas finalidades, dos relatórios de desempenho etc., - pois teremos condições de interagirmos com elas e , mesmo se não tiverem sede no Município ou Estado-membro onde atuamos, poderemos estabelecer, com o apoio do órgão ministerial local, o acesso para que ela venha promover suas ações sociais em nosso território (ONGS de grande porte podem ser convidadas a estender seu trabalho por meio de uma secção estadual, p.ex., ou realizar convênios com algumas entidades em funcionamento em outros locais contribuindo para, financeira ou tecnicamente, ampliarem e aprimorarem suas atividades).

É oportuno afirmar, ainda, que a maior intensidade do exercício desta função pelo Ministério Público, implicará na necessidade de, para o seu melhor desempenho, criar órgãos especializados em primeira instância, na atuação por comarcas ou regiões, e na segunda instância , quando se tratarem de questões que envolvam os Poderes , Tribunais de Contas, entidades da administração pública indireta do Estado-membro e pessoas jurídicas do terceiro setor sediadas nas Capitais.

Ao encerrarmos estas considerações sobre o tema, rememoramos excelente palestra *proferida por* Antônio Camargo Ferraz , em 1996 , no XII Encontro do Ministério Público de Pernambuco, realizado pelo Instituto do Ministério Público deste Estado, na qual, dentre outras coisas, ele afirmou que nossa instituição devia preparar-se para exercer atividade política no sentido de atuar extrajudicialmente no contato contínuo com órgãos públicos e diversos segmentos da sociedade civil para colaborar na transformação do Brasil em sintonia com os anseios, se não de toda, mas certamente da sua imensa maioria os quais estão incorporados na Constituição Federal de 1988 cuja pedra fundamental da reconstrução do nosso país é a dignidade humana (Anais, pág. 185, ano 1996).

CONCLUSÕES

As políticas públicas, na Constituição Dirigente de 1988, têm destaque pela necessidade de ser, com maior eficácia, realizada a justiça social.

Elas são diretrizes obrigatórias para os programas de ação dos Poderes, órgãos do Estado, seus delegatários e entidades do terceiro setor, podendo, por isso , quando descumpridas por eles , ser submetidas, inclusive, ao controle judicial.

O Ministério Público, tendo em vista sua destinação constitucional, é legitimado para exercer a função relevante de indutor das políticas públicas.

Para o exercício desta atribuição, pela intensidade crescente e complexidade das matérias nela envolvidas, faz-se necessária a especialização de órgãos na primeira e segunda instâncias, com formação transdiciplinar, para realizar com a melhor eficiência possível o seu trabalho.

BIBLIOGRAFIA

Curso de Direito Constitucional, Alexandre de Moraes, Oitava edição.

Curso de Direito Constitucional, José Afonso da Silva.

Revista de Direito Público, Canotilho, Das Constituições Dos Direitos à Critica dos Direitos, nº 7, 2005.

Políticas Públicas – A responsabilidade do administrador e o Ministério Público, ed. 2000, Ed. Max Limonad.

Curso de Direito Administrativo, Celso Bandeira de Mello, 18ª ed., Malheiros Editores.

Ensaio Sobre o Juízo de Constitucionalidade de Políticas Públicas, Fábio Comparato, ed. 1997.

Controle Judicial das Chamadas Políticas Públicas, ACP, 15 Anos, ed. 2001.

www.stf.jus.br

Políticas Públicas Ambientais e Índices de Melhoria de Desempenho: Uma Revisão Inicial, Ribeiro e Kruglian, www.advancesincleanerproduction.net, 2009.

Promovendo os Direitos Humanos, Coordenação: Hamilton Charles Lima, 2006, MPPE.

A Administração Consensual como a Nova Face da Administração Pública no Século XXI: Fundamentos Dogmáticos, Formas de Expressão e Instrumentos de Ação, Oliveira Gustavo e Scwanka Cristiane, www.conpedi.org.br.

069

A PRELIMINAR DA REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO: UMA FORMÚLA PROCESSUAL TAUTOLÓGICA PARA O ATUAR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Maria Betânia Silva e Itamar Dias Noronha

Procuradores de Justiça/PB

INTRODUÇÃO

Pesquisa interessante realizada pelo Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF[1] que congrega pesquisadores dos Programas de Pós-Graduação do estado do Rio de Janeiro, revela uma mudança na atuação do STF, principalmente a partir de 2003, no governo Lula, quando essa Corte adquire nova composição, pautada explicitamente por critérios étnicos e ideológicos. Dados obtidos nessa pesquisa relativos à análise de mecanismos processuais próprios ao exercício da função jurisdicional e competência do STF levaram os pesquisadores à afirmação de que se inaugura, no âmbito desse Tribunal, uma espécie de ativismo judicial, conferindo ao STF uma posição estratégica no sistema político brasileiro.

Atentos às inovações trazidas pela Emenda Constitucional nº45/04 como pano de fundo do trabalho de investigação acerca do ativismo judicial, os pesquisadores focaram suas análises no uso e efeitos do instituto da Reclamação e do Mandado de Injunção[2]. Por esse viés, concluíram que ao apreciar e decidir os problemas trazidos por esses instrumentos processuais, o STF abraça categorias atinentes ao chamado neoconstitucionalismo, mas o faz de forma seletiva sem incorporar a essa nova postura – como era de se esperar – a preocupação valorativa relacionada à centralidade dos direitos fundamentais. Em outras palavras, sustentam que o STF adota uma orientação chamada de pragmatista em virtude da qual amplia o seu conhecimento de matérias com vistas a cunhar soluções de caráter normativo e com o intuito de reduzir, ao mesmo tempo, o espaço de autonomia dos demais órgãos do Judiciário por meio do caráter vinculante de suas decisões.

A publicação desse tipo de pesquisa é louvável pelo pioneirismo, inaugurando, no contexto brasileiro, a necessidade de se criar uma consciência sobre a importância e implicações do trabalho de investigação empírica como uma ferramenta de grande valia para promover a atualização do conhecimento jurídico e relacioná-lo ao cumprimento da função pragmática do discurso que ele veicula. Dentre outros méritos, a pesquisa é elogiável, do ponto de vista teórico, por dar conta da evolução do termo Ativismo Judicial e inspirar outras vertentes de análise sobre esse fenômeno, calcadas na mesma metodologia, qual seja: a de enfocar mecanismos processuais, potencialmente, reveladores de práticas judiciais identificadas com o protagonismo do Judiciário no ambiente político.

No que tange à evolução do conceito de Ativismo Judicial, a obra aqui referida, mostra que ele surgiu originalmente no discurso jornalístico, sendo, posteriormente incorporado ou adotado pelo discurso jurídico que passou a identificá-lo, em linhas gerias, com a postura das Cortes Judiciais que expandem o espectro das liberdades civis, tal como o fez a Corte de Warren nos EUA, através de decisões polêmicas. Realmente, o termo tem variado

---

[1] A pesquisa resultou na publicação do livro "Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal", organizado pela Profª Vanice Regina Lírio do Valle, Curitiba:Juruá, 2009.

[2] No que se refere à Reclamação, os pesquisadores observaram que "as esferas de cognição e providências jurisdicionais foram ampliadas pelo elenco de legitimados, passando pelo reconhecimento da possibilidade de pronúncia incidental de inconstitucionalidade...até alcançar as propostas audaciosas de transcendência dos motivos determinantes". Quanto ao Mandado de Injunção verificaram "o afastamento da cláusula de bloqueio atinente à suposta violação do equilíbrio e da harmonia entre os poderes e, em conseqüência, a superação do velho dogma do legislador negativo que expressa uma ampliação das possibilidades conteudisticas do provimento jurisdicional a ser oferecido, em competência privativa, pelo STF".

quanto ao sentido e quanto ao uso que dele se faz mas, como quer que seja, tem uma carga ideológica forte, embutindo a idéia de um Poder Judiciário mais identificado com os interesses da sociedade do que com os interesses do Estado.

Por essa razão é, inclusive, de muita pertinência observar que se pode estabelecer uma relação entre o Ativismo Judicial e a Judicialização da Política, fenômeno próprio das democracias contemporâneas que atestam um declínio do constitucionalismo do tipo liberal e positivista voltado quase que exclusivamente para garantia de direitos de vida privada. Nessa perspectiva, se infere do trabalho de Giselle Cittadino[3] por exemplo, que analisa com propriedade a judicialização da política, uma boa justificativa para não desenvolver uma aversão a esse fenômeno. Essa justificativa reside na idéia de que os tribunais estão mais abertos às demandas dos cidadãos do que mesmo o Legislativo e, a elas precisam dar uma resposta.

Assim, ao se refletir sobre o ativismo judicial no Brasil, deve-se superar a simplória idéia de que direito e política não se misturam e, assim, privilegiar uma análise crítica sobre qual é a capacidade da mais alta corte judicial do país, o STF, em interferir no processo de concretização de direitos fundamentais, em especial dos direitos coletivos porque, afinal de contas, as outras esferas de poder têm falhado nesse propósito e uma Corte Constitucional é primordialmente concebida para dar aos direitos fundamentais a eficácia necessária à promoção da paz social. A interação entre direito e política aí é tão inevitável quanto delicada, assim como uma análise valorativa sobre a atuação dessa Corte, se se quiser manter alguma fidelidade ao sentido jurídico conferido ao termo ativismo judicial. Nessa perspectiva, evidentemente, mesmo reconhecendo que cada país tem uma forma própria de ativismo judicial, o resgate do ativismo judicial de matriz norte-americana, se põe como paradigma.

1. A PRELIMINAR DA REPERCUSSÃO GERAL: UMA FRESTA PARA O EXERCÍCIO DA LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Pois bem, apoiados na conclusão de que o STF tem protagonizado um ativismo judicial – conforme a pesquisa acima referida - sobretudo após a Emenda Constitucional nº45/04 e, em virtude, talvez, da mudança de sua composição, sentimo-nos instigados a proceder ao exame de outros mecanismos processuais que, a nosso ver, aptos a revelar uma tendência de superação de uma tradição formalista do direito no país e com indícios de transição de um direito de base legislativa para um direito de base jurisprudencial, que é um fator de facilitação do ativismo judicial.

Hoje ninguém mais duvida que as recentes modificações feitas nos diplomas que regem o exercício da competência do STF (da Constituição ao Regimento Interno, passando por leis ordinárias sobre o controle de constitucionalidade, especificamente as de nº9.6868/99 e 9.882/99) têm forte inspiração nas práticas judiciais em voga nos países que se filiam à tradição do *common law*, onde o ativismo judicial na acepção que aqui se adota teve origem. A cláusula da repercussão geral para admissão do Recurso Extraordinário assim como o caráter vinculante das decisões proferidas pelo STF no bojo de alguns procedimentos de sua competência originária, por exemplo, seriam, na nossa ótica, mecanismos que permitem perceber o direito brasileiro como um direito que **tenta** se aproximar daquele realizado nos países do *common law,* embora, é bom que se diga, com eles não se confunde, nem pode com eles se confundir, porque, entre um e outro *há muito mais coisa do que sonha a nossa vã filosofia.*

Em todo caso, grosso modo, o fato é quando o constituinte derivado acrescentou o §3º ao art. 102 da Constituição Federal segundo o qual "**no recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros**", atendeu, de um lado, a um desejo do STF em obter um ganho operacional consistente em reduzir a quantidade de recursos extraordinários que lhe eram remetidos e, de outro, desvelou uma das faces dessa Corte: a de ser ela o juiz de sua própria causa.

No que se refere ao ganho operacional, basta uma consulta ao setor de estatística disponível no site do próprio o STF para constatar que, já em 2001, o volume desse tipo de recurso estava atingindo valores estratosféricos e que algo precisaria ser feito antes que os Ministros do STF tropeçassem nos autos. Nesse ano, o total de recursos extraordinários interpostos no STF foi de 34.728, aumentando nos anos seguintes. Em 2007, por exemplo, a informação divulgada no site do STF é que o número total de RE distribuídos àquela corte foi de 49.708[4].

Quanto ao STF como juiz de sua própria causa, conscientemente ou não, o constituinte derivado abriu a possibilidade de tornar essa Corte mais **ativa politicamente, validando-lhe** o poder de efetuar o filtro sobre a matéria suscetível de repercussão geral no âmbito do recurso extraordinário.

Sucede que dentre os inúmeros mecanismos de provocação da jurisdição constitucional, o RE pode absorver, como se sabe, um amplo espectro de matérias e situações, algumas ou talvez muitas delas, eventualmente, contrárias aos interesses do Estado ou de grandes grupos econômicos os quais, na história do Brasil, têm preferido estabelecer

---

[3] Trabalho publicado no site http://publique.rdc.puc-rio.br/revistaalceu/media/alceu_n9_cittadino.pdf, acessado em 21 de abril de 2009.

[4] Todos os dados foram apresentados foram colhidos no Portal de Informações Gerenciais do STF e atualizados até março de 2009.

certa **"harmonia" com o Judiciário a se guiar pela idéia de independência entre as funções de poder.** E como isso bastasse, sabe-se que na comparação com alguns outros instrumentos da jurisdição constitucional, tem esse recurso um diferencial: o de permitir que a análise e julgamento de um conflito de dimensão social se paute pelas peculiaridades **do caso concreto** e não pelas simpatias doutrinárias de julgadores ávidos em confirmar perante a opinião pública o seu notável saber jurídico. Seria, assim, o recurso extraordinário um instrumento muito importante para promover a inversão da lógica formal que fixa **o padrão dos processos decisórios predominante no Judiciário brasileiro. Através do recurso extraordinário há que se privilegiar o caso concreto, para dele extrair as peculiaridades que interferem no trabalho de interpretação e aplicação do texto constitucional. Afinal, ao contrário do que normalmente se diz quando se estuda hermenêutica, não são apenas os textos legais o objeto da interpretação judicial, os fatos também o são! E como...!**

Embora não se ignore que, desde sempre, o filtro sobre o que entra e sai do STF tenha estado sob o seu domínio, o acréscimo feito ao art.102 da Constituição Federal é a primeira explicitação histórica do poder discricionário inerente a qualquer Corte Suprema e paradoxalmente é a mais contundente afirmação da tradição formalista do nosso direito porque pretende assegurar em texto normativo o que já estava assegurado pela prática judicial, dando a idéia de que houve uma profunda mudança, quando, na verdade, tudo mudou para continuar como sempre esteve. O STF decide hoje o que ele quer julgar, mas sempre foi assim. A pequena diferença que se observa é que ele está, hoje, mais vulnerável a críticas e, por isso, sente de forma mais contundente o peso de sua decisão, buscando, por conseguinte, melhor justificá-la. É bem possível , porém, que alguns julgamentos precisem ser "negociados" no tempo para ser anunciado como resultado de autonomia da Corte, através de um adiamento, um pedido de vista inesperado, etc. E isto se torna tanto mais evidente quanto mais conflituosa se torna a sociedade, que, congregando interesses os mais diversificados passou a criar espaços para a manifestação deles. Em meio a tantos conflitos, muitos deles represados ao longo dos anos marcados pela ausência de uma prática democrática, o dogma de uma "separação de poderes harmônicos e independentes entre si" não se ajusta muito bem ao nosso contexto. O Poder Judiciário, então, nesse ambiente, é mais exigido e, por mais lamentável que pareça, às vezes, parece transigir para poder decidir.

O papel do STF, nesse cenário, mais do nunca, não se restringe a extinguir o processo, produzindo uma decisão final simplesmente. Ele realmente tem que entrar na luta, mergulhar no conflito. Ele também instaura polêmicas ao tentar extinguir conflitos e, provavelmente, cria muitos outros, mas tem que persuadir os destinatários de sua decisão de que a decisão por ele proferida é a melhor e que ele considerou vários aspectos do problema para escolher aquela que foi anunciada como a definitiva.

Esse talvez seja o maior desafio para uma Corte Constitucional que se forjou num país de tradição autoritária. Em todo caso, é preciso que a sociedade conheça quais os caminhos que o STF tem percorrido para atuar hoje como atua e como poderia melhorar sua atuação. Parece, aliás, absolutamente necessário que se tenha a esperança de melhoria dessa atuação, o que não envolve apenas o STF mas todos os que contribuem para institucionalizar a idéia de justiça.

Nesse contexto, é que convém investigar, como, ou, se reverberam no âmbito dessa Corte as ações protagonizadas pelo Ministério Público e que constituem objeto do RE..

Por isso, vislumbrando a otimização do Recurso Extraordinário interposto pelo Ministério Público como instrumento capaz de produzir a renovação da prática judicial, este trabalho tem um duplo objetivo: a) instaurar uma reflexão de caráter hermenêutico sobre a preliminar de repercussão geral e a partir daí b) sugerir medidas de ordem administrativa que contribuam para orientar as estratégias de atuação do Ministério Público, nesse tipo de recurso.

Quanto à reflexão hermenêutica, deve-se explorar o conceito de repercussão geral trazido pela EC nº45/04. Assinala-se, de antemão, que para tanto nenhum manual de direito processual parece ser de muita valia. Melhor ir diretamente ao site do STF e verificar o entendimento oficial dessa Corte sobre a expressão para, em seguida, aí sim, conhecendo a visão do STF sobre o que é a repercussão geral, sugerir medidas que possam contribuir para aperfeiçoar a atuação no âmbito administrativo do Ministério Público com vistas a monitorar os efeitos de uso do Recurso Extraordinário e com isso traçar estratégias de êxito de seu uso.

Com esse intuito, convém reproduzir abaixo, as informações sobre o sentido do RE constantes do site do próprio STF e logo em seguida, apresentar alguns dados estatísticos sobre esse recurso cuja leitura contribui para um debate crítico sobre a produção do discurso judicial.

1.1. INFORMAÇÕES GERAIS SOBRE O RE CONSTANTES DO SITE DO STF

"APRESENTAÇÃO

A Emenda Constitucional 45/2004 incluiu entre os pressupostos de admissibilidade dos recursos extraordinários a exigência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, regulada mediante alterações no Código de Processo Civil e no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

As características do novo instituto demandam comunicação mais direta entre os órgãos do Poder Judiciário, principalmente no compartilhamento de informações sobre os temas em julgamento e feitos sobrestados e na sistematização das decisões e das ações necessárias à plena efetividade e à uniformização de procedimentos.

Neste sentido, esta sistematização de informações destina-se a auxiliar na padronização de procedimentos no âmbito do Supremo Tribunal Federal e dos demais órgãos do Poder Judiciário, de forma a atender os objetivos da reforma constitucional e a garantir a racionalidade dos trabalhos e a segurança dos jurisdicionados, destinatários maiores da mudança que ora se opera.

FUNDAMENTOS

– CF/88, artigo 102, § 3º, acrescido pela Emenda Constitucional nº 45/04.

– CPC, artigos 543-A e 543-B, acrescidos pela Lei nº 11.418/06.

– RISTF, artigos nºs 322-A e 328, com a redação da Emenda Regimental nº 21/07, artigo nº 328-A, com a redação da Emenda Regimental nº 23/08 eartigo nº 13, com a redação da Emenda Regimental nº 24/08.

– Portaria 177/2007 da Presidência do STF.

FINALIDADES

Delimitar a competência do STF, no julgamento de recursos extraordinários, às questões constitucionais com relevância social, política, econômica ou jurídica, que transcendam os interesses subjetivos da causa.

Uniformizar a interpretação constitucional sem exigir que o STF decida múltiplos casos idênticos sobre a mesma questão constitucional.

NATUREZA E COMPETÊNCIA PARA O EXAME

A existência da repercussão geral da questão constitucional suscitada é pressuposto de admissibilidade de todos os recursos extraordinários, inclusive em matéria penal.

Exige-se preliminar formal de repercussão geral, sob pena de não ser admitido o recurso extraordinário.

A verificação da existência da preliminar formal é de competência concorrente do Tribunal, Turma Recursal ou Turma de Uniformização de origem e do STF.

A análise sobre a existência ou não da repercussão geral, inclusive o reconhecimento de presunção legal de repercussão geral, é de competência exclusiva do STF".

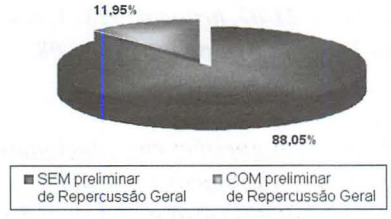
1.2. ALGUNS DADOS ESTATÍSTICOS

Quadro 1

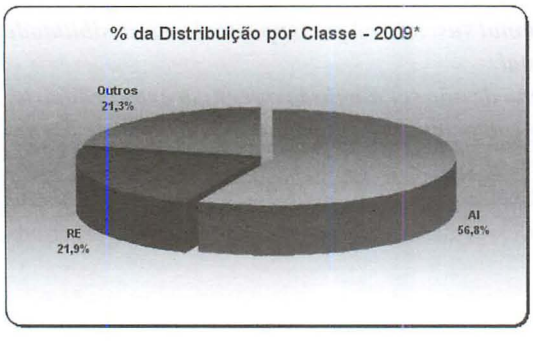
	Total distribuído		COM preliminar de Repercussão Geral				SEM preliminar de Repercussão Geral			
Mês	RE	AI	RE	% em relação ao total de RE	AI	% em relação ao total de AI	RE	% em relação ao total de RE	AI	% em relação ao total de AI
Jul/07	2.947	5.015	91	3,09%	0	0,00%	2.856	96,91%	5.015	100,00%
Ago/07	4.315	5.337	503	11,66%	30	0,56%	3.812	88,34%	5.307	99,44%
Set/07	3.414	4.208	484	14,18%	138	3,28%	2.930	85,82%	4.070	96,72%
Out/07	4.129	5.202	660	15,98%	907	17,44%	3.469	84,02%	4.295	82,56%
Nov/07	3.329	3.781	582	17,48%	603	15,95%	2.747	82,52%	3.178	84,05%
Dez/07	1.778	2.097	356	20,02%	431	20,55%	1.422	79,98%	1.666	79,45%
Jan/08	2.347	4.078	468	19,94%	1.143	28,03%	1.879	80,06%	2.935	71,97%
Fev/08	2.661	3.584	442	16,61%	1.158	32,31%	2.219	83,39%	2.426	67,69%
Mar/08	2.737	4.100	776	28,35%	1.233	30,07%	1.961	71,65%	2.867	69,93%
Abr/08	2.641	3.129	1.017	38,51%	1.217	38,89%	1.624	61,49%	1.912	61,11%
Mai/08	2.845	3.739	922	32,41%	2.049	54,80%	1.923	67,59%	1.690	45,20%
Jun/08	1.917	3.066	765	39,91%	1.804	58,84%	1.152	60,09%	1.262	41,16%
Jul/08	1.124	2.514	516	45,91%	1.617	64,32%	608	54,09%	897	35,68%
Ago/08	1.167	2.663	523	44,82%	1.463	54,94%	644	55,18%	1.200	45,06%
Set/08	1.487	2.883	622	41,83%	1.798	62,37%	865	58,17%	1.085	37,63%
Out/08	981	2.815	420	42,81%	1.754	62,31%	561	57,19%	1.061	37,69%
Nov/08	959	3.114	401	41,81%	2.138	68,66%	558	58,19%	976	31,34%
Dez/08	665	2.098	248	37,29%	1.381	65,82%	417	62,71%	717	34,18%
Jan/09	671	1.965	314	46,80%	1.320	67,18%	357	53,20%	645	32,82%
Fev/09	549	1.800	288	54,28%	1.444	80,22%	251	45,72%	356	19,78%
Mar/09	1.092	2.219	481	44,05%	1.730	77,96%	611	55,95%	489	22,04
Total	**43.755**	**69.407**	**10.889**	**24,89%**	**25.358**	**36,54%**	**32.866**	**75,11%**	**44.049**	**63,46%**

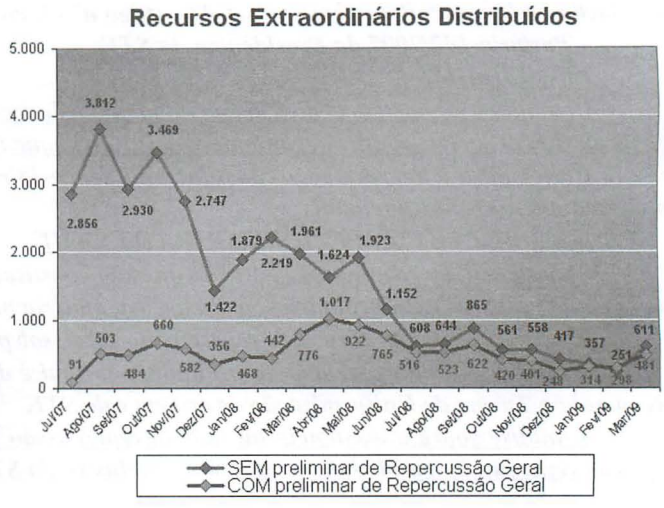
Recursos Extraordinários em Tramitação no STF

	Sem preliminar de RG	Com preliminar de RG	Total
Qtde.	36.926	5.011	41.937



Atualizado em 01/04/2009





Pois bem, a publicação dessa estatística, ao que parece, busca demonstrar que, a inovação feita pela EC nº45/04, em termos percentuais, não fechou a porta do STF como se poderia imaginar.

Isto porque:

a) em primeiro lugar, como se pode verificar no quadro 1 nem em termos percentuais nem em números absolutos a quantidade de RE foi significativamente reduzida se comparada com os totais divulgados para o ano de 2001, por exemplo.

b) em segundo lugar, como se infere dos gráficos e pizzas, embora os RE que trazem a preliminar de repercussão geral sejam ínfimos em relação ao total, eles estariam, em tese, traduzindo o conflito presente em todos os demais. A preliminar de repercussão geral seria, assim, uma espécie de célula-tronco dos demais recursos extaordinários, a esperança de tratamento de todos eles.

Essa parece ser a mais fiel interpretação sobre o objetivo de apresentação dessa estatística porque se não for assim, por certo, o STF não haveria de publicizá-la.

Uma leitura mais atenta dos números apresentados sugere que nem tudo são flores quando se trata de refletir sobre o papel que o STF tem desempenhado. A redução de processos no Judiciário brasileiro não é um dado seguro. Afinal, a sociedade brasileira de hoje não está menos conflituosa que a de ontem. Ao contrário...

Como quer que seja, admitindo-se que a triagem feita pelo STF em relação aos recursos extraordinários, de fato, alcance o duplo objetivo: o de ganho operacional, de um lado, e o de absorção das querelas socialmente importantes, de outro, deve-se indagar se a estatística apresentada como algo representativo de uma Corte comprometida com a concretização de direitos fundamentais, em especial, os coletivos satisfaz, considerando a um só tempo o que o STF definiu como repercussão geral no seu site e o ativismo judicial que tem empreendido, conforme a pesquisa citada.

2. A PRELIMINAR DA REPERCUSSÃO GERAL COMO VALOR ESTATÍSTICO E O JUSTO VALOR DA REPERCUSSÃO GERAL

Diante de tudo isso, parece-nos que o aspecto mais significativo para discussão sobre a atuação da Corte não tem a ver simplesmente com a quantidade de recursos extraordinários que lhe foram remetidos e muito menos com a simples indicação de terem ou não a preliminar de repercussão geral, a despeito de ser este dado uma coisa importante. Até porque não se sabe como, já na distribuição desses recursos, torna-se possível o exame dessa preliminar. O aspecto a ser privilegiado exige um pouco mais do que uma variável, exige **o cruzamento de dados relativos à quantidade de recursos, à predominância de matérias neles enfocada e o resultado que obtiveram.**

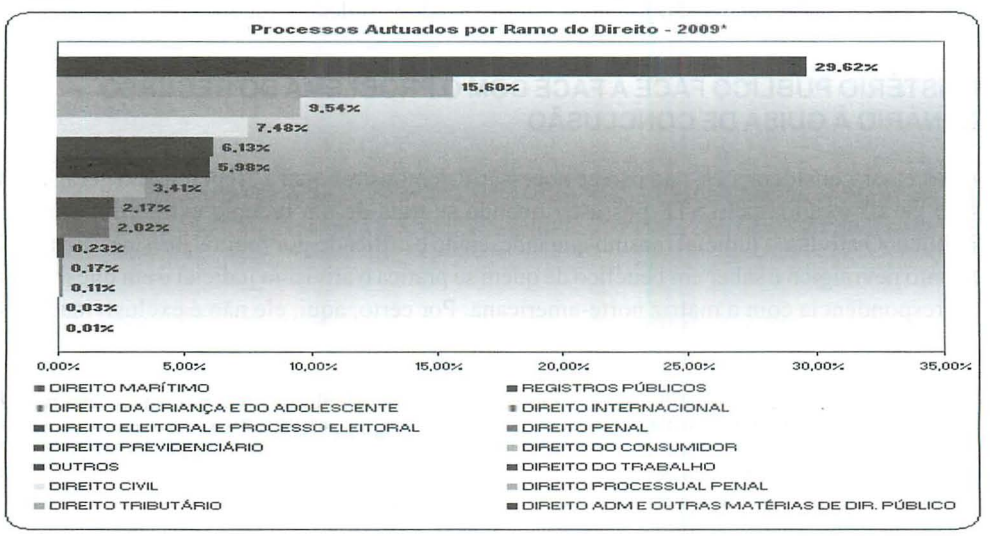
É bem possível que a afirmação quanto à necessidade de conhecer a matéria neles enfocada pareça inútil porque afinal tanto a Constituição quanto as informações trazidas no site do STF sobre o RE já definem quais as matérias que lhe servem de objeto: são aquelas ligadas **às questões constitucionais com relevância social, política, econômica ou jurídica, que transcendam os interesses subjetivos da causa.** Sucede que isso é ao mesmo tempo vago e abrangente. Tudo no Brasil é de caráter constitucional com repercussão social, política e econômica. O que se precisa saber é o que o STF tem entendido como tal. Não há dúvida de que a repercussão geral serve à resolução de processos multiplicados, mas o que não é certo é se o tratamento adotado pelo STF para impedir que essa multiplicação lhe abarrote as prateleiras é aquele desejado pela sociedade, de um modo geral.

Realisticamente, o que faz do RE um instrumento de defesa das questões constitucionais e uma ferramenta judicial potencialmente transformadora não é só a matéria, mas a qualidade de quem figura no pólo ativo do recurso e consegue convencer o STF de que a matéria sob enfoque tem repercussão geral para todos quantos se encontrem na mesma situação[5]. Este dado sobre quem figura no pólo ativo ou mesmo no pólo passivo do RE não consta do site, diferentemente do que ocorre na apresentação do site em relação aos instrumentos de controle de constitucionalidade pelo modo concentrado (ADI, ADC, ADPF, etc). Em parte, pode-se dizer que aqui os legitimados são em tese definíveis, o que não ocorre com RE. **Mas, nada impede que para fins estatísticos se pudesse criar algumas categorias que viessem a abranger aqueles que fazem uso do RE**. Nesse sentido, seria possível falar, por exemplo, em: a)ente público; b) o Ministério Público, c) associações civis ou militares, d) empresas e e) particular, como aqueles que figuram no pólo ativo ou passivo do RE. Da forma com as informações são transmitidas no site do STF, a identificação de quem ocupa os pólos do RE somente pode ser **presumida** a partir de outros dados fornecidos em outros setores do site.

Há doutrinadores, é verdade, que se aventuraram nessa pesquisa sobre a identificação dos pólos da relação processual no RE e afirmam que 85% deles é manejado pelo Poder Público[6]. Realmente, uma leitura dos demais dados trazidos no site, como se verá adiante, presume a justeza dessa informação. É preciso salientar, porém, que para obtê-la com rigor, o trabalho é de formiguinha.

Saber se o RE foi interposto pelo cidadão na defesa dos seus direitos constitucionais ou pelo Poder Público ou, por uma empresa privada, por exemplo, exige, primeiramente, que se delimite um período de tempo sobre a abrangência de coleta desse dado. A partir daí, pode-se consultar a Revista Trimestral de Jurisprudência do STF onde são publicados os acórdãos do STF e mesmo assim com algum atraso ou, ainda, ir ao Diário Oficial da União e extrair da publicação da lista dos RE distribuídos no período escolhido, o referido dado. A relação que o STF estabelece com o processo, assim como a configuração do espaço de informação que pretende dar transparência ao seu modo decidir, ainda, não permite identificar o RE em função de quem o manejou ou contra quem ele foi manejado e isso faz alguma diferença em relação aos países onde a Corte Suprema firma a sua autoridade promovendo um ativismo judicial. Lá, comumente, se fala de um Recurso que se reporta a um caso concreto: um *case*, uma realidade tangível e não um recurso que pode ser um estereótipo da realidade.

Dentre os dados trazidos no site, chama atenção, para propósito da reflexão aqui empreendida aquela, por exemplo, que indica os ramos do direito como delimitadores do objeto de processos e eventualmente dos REs. Verifica-se muito rapidamente que a maioria dos processos que chegam ao STF, já há muitos anos, versam sobre Direito Administrativo e outras matérias de Direito Público. Senão vejamos:



[5] Convém registrar que recentemente o site do STF passou a ostentar a lista de matérias que ele classificou como de repercussão geral. Isso se deu, tempos depois de colhidos os gráficos, tabelas e pizzas para a feitura deste trabalho que não precisou sofreu alteração quanto à lógica de análise do RE. O que se observa com a nova informação veiculada é a confirmação de que a repercussão geral atende muito mais a uma necessidade operacional do que a um desejo social de justiça, sendo exceções as decisões relativas a direitos coletivos que se inserem na esfera de atuação do Ministério Público.
Fonte: Portal de Informações Gerenciais do STF.

	2004	2005	2006	2007	2008
Administrativo	17.219	22.554	36.040	28.754	19.046
Civil	35.412	39.298	56.151	43.698	7.380
Constitucional	994	1.694	3.665	3.803	0
Outros	908	1.003	2.172	1.199	23.534
Penal	2.952	4.770	5.574	5.655	1.553
Trabalhista	3.930	4.506	6.730	8.149	6.410
Tributário	9.401	11.382	18.747	16.842	15.348
TOTAL GERAL	**70.816**	**85.207**	**129.079**	**108.100**	**73.271**

A rigor **não se conhece o problema em discussão e que é objeto do processo, sabe-se tão-somente o ramo do direito ao qual se identifica mais predominantemente. Diante disso, não é difícil nem absurdo concluir que sendo o Direito Administrativo a matéria mais comum, não é o cidadão aquele que mais freqüentemente figura no pólo ativo do RE, ou seja, aquele que usa esse instrumento em defesa dos seus direitos, ao contrário.** Deve ser a Administração ou as empresas privadas que detêm uma posição econômica importante no mercado as que figuram nesse pólo, por uma razão muito simples: a justiça é cara e esses recorrentes conhecem o furo por onde os seus interesses são filtrados, sobretudo quando se trata de matéria tributária que, como se vê nos quadros, aparece em terceiro lugar. O que confirma a informações de doutrinadores.

Tal afirmação goza ademais da suposição de que fosse o cidadão o recorrente, certamente, o número de RE estaria na casa dos milhões e não na casa dos milhares. Há muitos menos entes públicos no Brasil do que gente. Há muito menos empresas privadas de destaque no cenário econômico do que gente. Essa é uma conclusão extraída de uma observação empírica que prescinde de qualquer pesquisa e a ela algumas razões históricas como hipóteses de trabalho podem ser acrescidas, qual seja, a de que a organização do país se deu de cima para baixo.

Não constitui nenhum absurdo afirmar que, em termos de organização, no Brasil, o Estado precede a sociedade e essa forma de constituição gerou uma hipertrofia da Administração Pública que aliada, em muitas situações ao Poder Econômico, ignorou direitos individuais e perpetua essa atitude de ignorância em relação aos direitos sociais ou coletivos. É fenômeno recente no Brasil ter representantes da Administração Pública como réus e, antiga é a tradição de ver a Administração Pública, sobretudo a União, parte recorrente nos RE remetidos ao STF.

Saber se a maioria desses recursos teve como resultado o provimento ou improvimento é uma outra tarefa de pesquisa desafiadora, **porque é exatamente o cruzamento do dado sobre quem recorre e o resultado alcançado que pode fornecer uma idéia sobre a atitude ou a postura do STF como uma Corte marcada pelo ativismo judicial que se centra na defesa de direitos fundamentais coletivos ou centrada em direitos individualísticos**. Com os dados que se tem no site acerca do RE é apenas possível **supor** que quem detém o privilégio de chegar ao STF é a Administração Pública ou as empresas privadas de relevância no mercado e, pelo que se vê país afora, é possível supor que boa parte desses recursos são julgados em favor também desses recorrentes[6].

3. O MINISTÉRIO PÚBLICO FACE À FACE COM O PROBLEMA DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO À GUISA DE CONCLUSÃO

Por todas essas considerações, não parece necessário demonstrar qual a "repercussão geral que a preliminar de repercussão geral" exigida pelo STF possa ter quando se trata de um recurso extraordinário manejado pelo Ministério Público. O ativismo judicial mesmo que indesejado e criticado por muitos juristas é uma realidade, aqui e alhures. O ponto nevrálgico é saber em benéfico de quem se pratica o ativismo judicial e em que medida, no Brasil, ele guarda correspondência com a matriz norte-americana. Por certo, aqui, ele não é exclusividade do Judiciário.

[6] Na impossibilidade de fazer esse levantamento minucioso, ocorreu-me de pesquisar, apenas a título de ilustração, os RE apontados como precedentes para a instituição de Súmulas Vinculantes pelo STF. Do exame realizado pude observar que os RE que originaram as Súmulas 1, 4, 5, 6, 7, 10, as quais, aliás, quanto ao conteúdo chegam a decepcionar seja porque não dizem nada de novo, seja porque dizem o que a sociedade talvez não desejasse, figuraram como recorrentes ou um ente público ou empresa do setor bancário e automobilístico. A exceção a essa tendência quanto ao recorrente fica por conta do RE que ensejou a Súmula nº 9, o qual foi interposto por um particular até porque versou sobre matéria penal e o RE relativo às últimas súmulas de nºs 12, 13, e 14 que, independentemente, da pessoa do recorrente, quanto ao conteúdo, geram certo entusiasmo na sociedade. Diante sobretudo das últimas súmulas, não se pode negar ao STF o perfil de Corte tendente ao ativismo judicial porque afinal dela emanam todos os critérios de ampliação e exercício de sua competência jurisdicional sem a intervenção do legislador. Todavia, vê-se, ainda, confirmada a tese de que a sua atuação é pragmatista sem ênfase na doutrina dos direitos fundamentais, em especial os direitos fundamentais de caráter coletivo, o que reforça a suspeita de que o ativismo judicial no Brasil não guarda semelhanças com a sua matriz norte-americana, pois emerge mais como um mecanismo de preservação de autoridade da Corte, em sentido formal, do que como uma postura fundante e transformadora da sociedade.

Deliberadamente ou não, tornou-se pressuposto para a atuação do MP nas ACPs e a aquisição de um conhecimento estatístico, bem como a implementação de medidas nesse sentido, sem dúvida, poderiam auxiliar no trabalho de identificação do tipo de ativismo judicial praticado no BR.

No âmbito dos estados, pelo menos no estado de PE, a organização estatística de dados pelo Poder Judiciário e pelo Ministério Público não é uma realidade. Mas, não é pela ausência dessa estatística que não se possa fazer "a crônica de uma morte anunciada" quanto à legitimidade recursal do Ministério Público. Até porque, como se sabe, nos recursos, em geral, o exame de sua admissibilidade é dupla, ocorrendo na instância de onde vem e na instância para onde vai. E mesmo que, na instância de origem, a preliminar de repercussão geral em caso de manejo de Recurso Extraordinário pelo Ministério Público possa não ser invocada em alguma ocasião como um obstáculo para o seu seguimento, poderá sê-lo na instância de destino, no caso, o STF. Quem é que pode saber isso se não há estatística capaz de capturar esse dado?

Evidentemente, o uso nefasto para o Ministério Público da preliminar de Repercussão Geral constitui um absurdo, considerando a natureza e os problemas objeto de ACP, processualmente, o único veículo de transporte dos reclamos sociais conduzido pelo Ministério Público. Contudo, não é impossível que em face de recurso em ACP, a repercussão geral seja uma pedra no caminho, em virtude da forma como o STF vem usando o seu poder discricionário e, apresentando o seu desempenho. Circunstâncias que, através da difundida idéia de vinculatividade, inspiram também a lógica decisória das Cortes inferiores. Observe-se que não é possível extrair do site, de forma direta, nem os RE relativos a acórdãos proferidos em ACP e muito menos o padrão de julgamento deles.

Diante desse cenário, urge a criação de mecanismos e ferramentas que sejam tanto capazes de calcular a produção e o movimento forense quanto úteis para análise da **eficácia do que se produz**, que é o essencial na institucionalização da justiça.

Em que pese a criação da Central de Recursos Cíveis e o seu disciplinamento em lei, no Ministério Público do estado de Pernambuco informações sobre o uso de recursos extraordinários pelos representantes do Ministério Público aqui se restringem a uma planilha na qual se descreve o tipo de recurso interposto, a data e a Procuradoria à qual o mesmo se vincula, mas nada se sabe acerca do prosseguimento dele após a remessa ao Tribunal, a não ser pelos acasos judiciais ou administrativos. Soube-se, recentemente, quase que de modo informal, através de secretaria da Presidência do Tribunal de Justiça, que, dentre os inúmeros recursos extraordinários interpostos apenas uma havia sido admitido. E nada se sabe acerca deles, no âmbito do STF porque não há uma ferramenta construída para isso.

Desconhece-se a realidade operacional de outros estados quanto à interposição e acompanhamento de recursos para o STF, mas, sem dúvida, um *modus operandi* uniforme entre os Ministérios Públicos Estaduais seria de grande utilidade para o fortalecimento institucional na defesa de suas ações junto ao STF.

3.1 PROPOSIÇÕES

Por tudo isso se sugere que se promova uma mudança tanto administrativa quanto procedimental, envolvendo a um só tempo a atuação dos membros do Ministério Público.

A mudança administrativa visa ao aperfeiçoamento da instituição na forma de gerir as informações sobre a eficácia do seu desempenho e, a mudança procedimental visa a firmar uma posição teórica quanto à interpretação que se deva dar ao §3° do art.102 da CF/88 e, assim, delimitar a margem de discricionariedade judicial no exame dos requisitos de admissibilidade do recurso extraordinário.

Para promover uma mudança administrativa propõe-se

1) a criação de um setor de estatística ou emprego de um profissional de estatística, acaso existente, para construir o banco de dados da instituição que contemple o objeto da ACPs de maior freqüência porque somente através de profissionais da área inseridos no cotidiano da instituição pode-se captar as mudanças das variáveis que interferem na produção e eficácia da atuação institucional e especificamente melhorar o fluxo e a captura de informações já inseridas no sistema de informática em relação aos recursos interpostos para o STF.

Para promover uma mudança procedimental propõe-se;

2) a aprovação de uma moção neste Congresso que enuncie as razões para dispensar o requisito da repercussão geral no exame de admissibilidade do recurso extraordinário interposto contra decisão proferida em Ação Civil Pública, dirigida ao STF para o fim de preservar as excepcionalidades interpretativas que o texto constitucional carrega e, assim, aplicar a regra do recurso extraordinário em compatibilidade com o papel conferido ao Ministério Público.

072

DO DEVER DO PODER PÚBLICO DE PRIORIZAR O FORNECIMENTO DE ALIMENTOS ORGÂNICOS NA MERENDA ESCOLAR

Rejane Strieder[1]

Promotora de Justiça/PE

INTRODUÇÃO

A visão produtivista que permeou a chamada "Revolução Verde" após a Segunda Guerra Mundial, objetivando o aumento da produção de alimentos por meio da modernização da agricultura que previa a utilização de insumos como sementes híbridas selecionadas, adubos químicos e agrotóxicos, que possibilitavam uma produção em maior escala, apresentou-se, ao longo do tempo, eficaz na suficiência de produção, mas, em contrapartida, trouxe discussões sobre a sua validade.

Atualmente, "surge o entendimento que não há segurança alimentar, se a população não dispuser de alimentos seguros para o consumo, que não contenham agentes que possam oferecer risco à saúde do consumidor, sob a forma de contaminação química ou biológica. Um alimento de qualidade, deverá ter preservado seu valor nutricional." (RIGON, 2002, p. 11). Cada vez são mais conhecidos e difundidos os efeitos nefastos provocados pela utilização e consumo de agrotóxicos para o meio ambiente e para a saúde humana - de produtores e consumidores.

Neste quadro, torna-se necessário analisar as normas presentes no ordenamento jurídico pátrio, especialmente em face do princípio da precaução e do princípio da prioridade absoluta, para delimitar o dever do poder público em resguardar a saúde da crianças e adolescentes que consomem a alimentação nas escolas.

1. DOS RISCOS E DANOS PROVOCADOS PELOS AGROTÓXICOS

O termo agrotóxico, segundo a Lei Federal n° 7.802, de 11.707.1989, regulamentada pelo Decreto n° 98.816, no seu art. 2°, inciso I, é definido como o conjunto dos produtos e agentes de processos físicos, químicos ou biológicos destinados ao uso nos setores de produção, armazenamento, beneficiamento de produtos agrícolas, nas pastagens, na proteção de florestas nativas ou implantadas, e de outros ecossistemas. Eles podem ser divididos em dois grandes grupos: os fertilizantes sintéticos e defensivos agrícolas – por sua vez, classificados de acordo com o tipo de praga que combatem: inseticidas, fungicidas, herbicidas, rodenticidas etc.

Em relação ao meio ambiente, a utilização de fertilizantes provoca degradação do solo, da flora, da fauna e dos mananciais de água. Como ocorre em qualquer processo físico, químico ou biológico, a eficiência na absorção dos fertilizantes pelas plantas nunca alcança 100% e, ao longo do tempo, este nível tende a diminuir. A acumulação deste material residual no solo pode torná-lo impróprio à agricultura e na água pode provocar a sua superfertilização, com o aumento excessivo de algas e a eliminação de espécies aquáticas (BRAGA, 2005, p. 141/142).

Da mesma forma, os defensivos agrícolas podem causar a contaminação do solo e da água, com um agravante. O principal atributo responsável pelo sucesso dos defensivos nos primeiros anos – a sua persistência no ambiente – hoje tornou-se um dos maiores fatores de degradação, pois provoca uma crescente acumulação destas substâncias na natureza.

[1] Graduada em direito pela Universidade Federal de Pernambuco, Graduanda em Ciências Sociais pela Universidade Federal de Pernambuco, Especialista em Gestão no Ministério Público pela Faculdade de Administração de Pernambuco, Pós-graduanda em Tutela Judicial do Meio Ambiente pela Faculdade Salesiana/ Sapere Aude, Promotora de Justiça do Ministério Público de Pernambuco, Presidente da Comissão de Gestão Ambiental do Ministério Público de Pernambuco, rejanestrieder@hotmail.com.

Sob o aspecto da saúde humana, a situação é ainda mais periclitante em decorrência do fenômeno denominado biomagnificação ou amplificação biológica, que ocorre quando substâncias persistentes ou cumulativas migram do mecanismo da nutrição de um organismo para os seguintes da cadeia alimentar, alcançando níveis cada vez maiores de concentração. Além disso, estas substâncias podem provocar mutações no tecido celular das plantas que, ao serem ingeridas pelo homem, podem vir a causar efeitos somente identificáveis após diversas gerações (BRAGA, 2005, p. 140).

Diversos pesquisadores, como Pednekar (1987) e Nunes e Tajara (1998) têm indicado os agentes químicos aplicados na agricultura como "prováveis carcinógenos" na espécie humana. Hashimoto (2003) e Arni e Hertener (1997) descrevem a realização de inúmeros estudos *in vitro* e *in vivo* demonstrando este processo de carcinogênese. De acordo com o Professor Dr. Hasime Tokeshi, consultor científico do Centro de Pesquisas Mokiti Okada, o consumo de agrotóxicos antes e durante a gravidez pode provocar sérios efeitos no desenvolvimento sexual do feto, demonstrando que fetos e crianças estão mais sucetíveis aos efeitos dos agrotóxicos.[2] De acordo com Miller (2007), estudos da Academia Nacional de Ciências afirmam que a exposição a resíduos de pesticidas, permitidos por lei, em alimentos provoca de 4 mil a 20 mil casos de câncer por ano nos Estados Unidos.

É notório o efeito dos agrotóxicos sobre a reprodutividade humana, provocando abortos espontâneos, distúrbios de reprodutividade, infertilidade, conforme descrevem Sharp e Koifman (2002). Identificou-se, inclusive, que alguns defensivos como o DDT - que apesar de proibido, ainda, é utilizado clandestinamente – são capazes de atravessar a placenta e de contaminar o leite materno quando consumido antes, durante e/ou após a gestação.

As consequências são ainda mais nefastas para os produtores que ministram estas substâncias. Em um estudo realizado com 10 (dez) famílias de agricultures, especialmente dedicados ao plantio de café, no Município de Santa Tereza, no Estado do Rio de Janeiro, foi constatado um percentual alarmante de freqüência de casos de câncer (90%). Na população feminina amostrada em idade reprodutiva, houve uma grande freqüência de câncer de colo uterino (50%), de abortos espontâneos (20%) e natimortos (20%). Foi observado também um grande número de óbitos (70%) das crianças menores de 10 anos de idade (FEHLBERG). Demonstrou-se que os inseticidas, especialmente os organoflorados – largamente utilizados na agricultura – por serem altamente lipossolúveis, são absorvidos rapidamente pelas vias dérmicas, respiratória e trato digestivo, quando aplicados através de pulverização.

Deve-se reconhecer que o câncer normalmente decorre de uma multiplicidade de fatores, entretanto, os resultados científicos são suficientes para demonstrar que o risco pode ser potencialmente aumentado com a presença de agrotóxicos. Em face dos estudos científicos produzidos, ainda que não haja um consenso quanto à relação direta entre os agrotóxicos e o aparecimento de diversas doenças, como o câncer, pode-se seguramente afirmar que não há um consenso em sentido contrário, ou seja, de que a utilização e o consumo de agrotóxicos, em qualquer nível, não causa efeitos adversos para a saúde. O mesmo pode-se afirmar em relação aos efeitos provocados à biota.

A despeito de existir no ordenamento jurídico pátrio diplomas que estabelecem tipos e níveis "seguros" de agrotóxicos, deve-se entender que utilização de agrotóxicos em descumprimento aos mandamentos legais, certa e comprovadamente provoca danos aos organismo humano, pois a lei busca assegurar um patamar mínimo de segurança. Entretanto, mesmo dentro dos parâmetros legais, há um incerteza científica quanto aos efeitos nocivos causados pela ingestão de agrotóxicos, mesmo porque estes efeitos podem variar a depender das características fisiológicas de cada consumidor - sendo é desnecessário afirmar que as crianças e adolescentes, por apresentarem um organismo ainda em formação, estão certamente mais suscetíveis a estes efeitos. A própria Lei n° 7.802/89 reconhece expressamente a existência de riscos ao determinar: "Art. 8° A propaganda comercial de agrotóxicos, componentes e afins, em qualquer meio de comunicação, conterá, obrigatoriamente, clara advertência sobre os riscos do produto à saúde dos homens, animais e ao meio ambiente [...]."

2. DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

A despeito da existência de diversas pesquisas efetivamente comprovando os riscos causados pela utilização de agrotóxicos à saúde humana e à manutenção do equilíbrio ambiental, a simples incerteza científica é suficiente para ensejar a aplicação do princípio da precaução. Após ter sofrido uma evolução conceitual, atualmente o princípio representa: "uma decisão a ser tomada quando a informação científica é insuficiente ou incerta e haja indicações de que os possíveis efeitos sobre o meio ambiente, a saúde das pessoas ou dos animais ou a proteção vegetal possam ser potencialmente perigosos e incompatíveis com o nível de proteção escolhido." (MILARÉ, 2007, p. 767)

Tal princípio teve origem na década de 70 no direito alemão, como resultado da preocupação com a necessidade de avaliação dos impactos ambientais a serem produzidos por inúmero novos empreendimentos e projetos que estavam em curso ou em vias de implantação. (ANTUNES, p. 28). Após ter sido citado em vários documentos internacionais - como o Protocolo de Cartagena e a convenção de Estocolmo sobre Poluentes Orgânicos Persistentes – restou efetivamente consagrado na "Declaração do Rio", elaborada na Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, em 1992, que prevê: "Princípio 15. De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando

houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental."

No âmbito regional, foi celebrado o Acordo-Quadro sobre Meio Ambiente do MERCOSUL, em 22/06/2001, promulgado pelo Decreto n° 5.208, de 17/09/2004, através do qual os signatários assumiram o compromisso em "instrumentalizar a aplicação dos princípios da Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1992, que não tenham sido objeto de tratados internacionais."

Dessa forma, é inquestionável que o princípio da precaução é um instrumento essencial para a proteção do meio ambiente equilibrado, integrando o dever fundamental imposto Poder Público pelo art. 225, *caput,* da Constituição Federal, e devendo orientar a interpretação das demais normas jurídicas, bem como todas as decisões políticas.

Por outro lado, a Constituição Federal assegura, em seu art. 196, que a saúde é direito de todos e dever do Estado e deve ser garantida através de políticas públicas e sociais que visem à redução do risco de doenças, sendo uma das diretrizes do sistema único a prioridade para as atividades preventivas (art.198) – no mesmo sentido do princípio da precaução.

Em face da ausência de certeza científica quanto aos efeitos provocados pela utilização de agrotóxicos, os riscos à proteção do meio ambiente e da saúde humana demonstrados no tópico anterior demandariam a proibição irrestrita da utilização destas substâncias, como medida preventiva de saúde pública. Entretanto, diante do sistema de produção de alimentos atualmente adotado no país, observa-se que esta decisão não se mostra economicamente viável, pois poderia levar a uma insuficiência generalizada de produtos alimentícios, causando a mortandade de indivíduos por fome. Assim, opta-se pelo mal menor e autoriza-se a continuidade da utilização e comercialização generalizada de alimentos com agrotóxicos, desde que obedecidos certos níveis "seguros"de aplicação.

De outra parte, constata-se que a imposição de restrição à utilização de alimentos com agrotóxicos mostra-se plenamente viável quando limitada a determinadas categorias de uso ou determinados espaços.

Considerando o disposto no art. 227 da Constituição Federal, que garante prioridade absoluta a crianças e adolescentes na implementação do direito à vida, à saúde e à alimentação, dentre outros, é certo que os cuidados na qualidade dos alimentos fornecidos a estes seres em desenvolvimento devem ser diferenciados do que em relação a outros consumidores.

Com efeito, a Lei n° 11.947, de 16.06.2009, que dispõe sobre a alimentação escolar, prevê, em seu art. 2°, inciso I, como uma de suas diretrizes: "o emprego da alimentação saudável e adequada, compreendendo o uso de alimentos variados, seguros, que respeitem a cultura, as tradições e os hábitos alimentares saudáveis, contribuindo para o crescimento e o desenvolvimento dos alunos e para a melhoria do rendimento escolar, em conformidade com a sua faixa etária e seu estado de saúde, inclusive dos que necessitam de atenção específica;".

Diante do exposto, no caso em tela, considerando a ausência de segurança decorrente do fornecimento de alimentos com agrotóxicos, mostra-se como medida adequada, necessária e possível a proteção prioritária da saúde das crianças e adolescentes, com a exclusão de alimentos hortifrutigranjeiros produzidos com agrotóxicos da merenda escolar fornecida nas escolas públicas, promovendo sua substituição por produtos orgânicos.

3. DOS BENEFÍCIOS DOS ALIMENTOS ORGÂNICOS

Com efeito, além de benefícios ambientais e de saúde pública, o fomento à agricultura orgânica gera benefícios sociais ao país ao promover o desenvolvimento sustentável das comunidades. De acordo com a definição apresentada pelo art. 1° da Lei n° 10.831, de 23.12.2003, regulamentada pelo Decreto n° 6.323, de 23.12.2003, que dispõe sobre a agricultura orgânica e dá outras providências, "Considera-se sistema orgânico de produção agropecuária todo aquele em que se adotam técnicas específicas, mediante a otimização do uso dos recursos naturais e socioeconômicos disponíveis e o respeito à integridade cultural das comunidades rurais, tendo por objetivo a sustentabilidade econômica e ecológica, a maximização dos benefícios sociais, a minimização da dependência de energia não-renovável, empregando, sempre que possível, métodos culturais, biológicos e mecânicos, em contraposição ao uso de materiais sintéticos, a eliminação do uso de organismos geneticamente modificados e radiações ionizantes, em qualquer fase do processo de produção, processamento, armazenamento, distribuição e comercialização, e a proteção do meio ambiente."

É importante destacar que a agricultura orgânica encontra-se em consonância com os princípios da política nacional de segurança alimentar. De acordo com a definição contida no art. 3° da Lei n° 11.346, de 15.09.06, "A segurança alimentar e nutricional consiste na realização do direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente, sem comprometer o acesso a outras necessidades essenciais, tendo como base práticas alimentares promotoras de saúde que respeitem a diversidade cultural e que sejam ambiental, cultural, econômica e socialmente sustentáveis.", devendo abranger, conforme o artigo seguinte, "a ampliação das condições de acesso aos alimentos por meio da produção, em especial da agricultura tradicional e familiar", "a conservação da biodiversidade" e "a utilização sustentável dos recursos, além da garantia da qualidade biológica, sanitária, nutricional e tecnológica dos alimentos, bem como seu aproveitamento, estimulando práticas alimentares e estilos de vida saudáveis que respeitem a diversidade étnica e racial e cultural da população."

Da mesma forma, os aspectos sociais relacionados com a produção orgânica também estão em conformidade com a mencionada lei de alimentação escolar, que apresenta ainda como diretriz "o apoio ao desenvolvimento sustentável, com incentivos para a aquisição de gêneros alimentícios diversificados, produzidos em âmbito local e preferencialmente pela agricultura familiar e pelos empreendedores familiares rurais, priorizando as comunidades tradicionais indígenas e de remanescentes de quilombos;" (Art. 2°, inciso V).

4. DO DEVER DE CONSUMO SUSTENTÁVEL DO PODER PÚBLICO

A comercialização é apontada pelas famílias agricultoras e suas organizações como um dos seus grandes entraves à difusão do cultivo orgânico, sendo impositivo que o Poder Público utilize o seu poder de consumo para incentivar esta prática, que está em plena consonância com os princípios contidos na Constituição Federal e demais normas infralegais. É inegável o poder que os órgãos públicos detém de influenciar as práticas de mercado – potencializando o poder inerente a todo consumidor. Ao adquirir determinado produto ou serviço, o Poder Público está fomentando a continuidade de venda daquele produto, pois está gerando para o produtor lucros (e altos) – e está auxiliando na redução do seu preço, decorrente do aumento da produção, o que provocará um aumento do consumo daquele item por diversos consumidores públicos (que tão somente consideram o preço para a seleção dos licitantes) e privados (que apenas analisam o preço como critério de suas práticas consumistas), além de estimular outros agentes econômicos a iniciarem a sua produção, gerando uma cadeia – que poderá ser viciosa ou virtuosa, a depender dos critérios adotados para a escolha dos bens e serviços adquiridos.

Em face da legislação analisada percebe-se, portanto, que não há uma opção do Poder Público pelo fornecimento às crianças e aos adolescentes de produtos mais saudáveis e sim um dever constitucionalmente estabelecido. Neste sentido, cumpre que as demais leis sejam interpretadas em consonância com os mandamentos constitucionais, conforme esclarece Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002, p. 143), a qual destaca o dever da Administração de pautar sua atuação no ordenamento jurídico como um todo, com especial atenção às normas e princípios constitucionais, de acordo com o "princípio da juridicidade administrativa": "Com efeito, a vinculação da atividade administrativa ao direito não obedece a um esquema único, nem se reduz a um tipo específico de norma jurídica – lei formal. Essa vinculação, ao revés, dá-se em relação ao ordenamento jurídico, uma unidade (Constituição, leis, regulamentos gerais, regulamentos setoriais), expressando-se em diferentes graus e distintos tipos de normas, conforme a disciplina estabelecida na matriz constitucional. A vinculação da Administração não se circunscreve, portanto, à lei formal, mas a esse bloco de legalidade (o ordenamento jurídico como um todo sistêmico), a que aludia Hariou, que encontra melhor enunciação, para os dias de hoje, no que Merkl chamou de princípio da juridicidade administrativa [...]."

Para o fim ora almejado, a norma infraconstitucional de maior relevância é a Lei n° 8.666/93, que regula as licitações e contratos na Administração Pública. Conforme acima exposto, visando a garantia efetiva do princípio da legalidade, tal norma deve ser interpretada de acordo com as previsões constitucionais.

Percebe-se que a licitação, de acordo com a análise do seu conceito tradicional apresentado por Cretella (1993, p. 16), é um instrumento para o alcance da satisfação dos interesses da coletividade, isto é, do interesse público, por ele definido como "o próprio interesse coletivo colocado pelo Estado entre seus próprios interesses, assumindo-os sob regime jurídico de direito público, exorbitante e derrogatório do direito comum" (1978, p. 107).

A própria lei de licitações é enfática ao determinar em ser artigo 40, inciso I, que a administração deve definir o objeto a ser contratado de forma clara e objetiva, com todas as características necessárias ao atendimento do interesse público. Nos dias atuais e em face da legislação vigente, não é mais possível dissociar-se do interesse público o interesse com a garantia do direito à saúde plena, com a proteção ao equilíbrio ambiental e com o desenvolvimento social, pois inegavelmente o interesse coletivo maior será sempre a preservação da vida, com qualidade.

Destarte, ao definir os itens a serem adquiridos para compor a merenda escolar, o administrador deve especificar que o produto deve ser oriundo de produção orgânica, sem que tal restrição possa ser considerada atentatória ao caráter competitivo do certame. Com efeito, o art. 3° da lei de licitações e contratos, em seu §1°, inciso I, apenas veda a inclusão de cláusulas ou condições restritivas decorrentes de circunstância impertinente ou irrelevante – adjetivos que não podem ser empregados no caso em tela.

Veja-se que a Administração Pública sempre que especifica o bem a ser adquirido restringe o objeto do certame àqueles bens que se apresentam compatíveis com os requisitos impostos, excluindo-se, por consequência, aqueles que não estão conformes às especificações dadas pelo instrumento convocatório da licitação. Não há como se especificar um bem, serviço ou obra, sem que se façam restrições, uma vez que na especificação do objeto da licitação ou do contrato, se celebrado de forma direta, a Administração Pública passa a delimitar o universo do objeto pretendido.

Quando é indicada a velocidade mínima de um equipamento de informática, ou a potência mínima do motor de um veículo, todos os demais que não estiverem de acordo com o requisito imposto pela Administração Pública terão sua participação vedada no certame, sob pena de desclassificação da proposta que se apresentar em desacordo com as condições impostas na licitação. Trata-se, no caso, de restrições utilizadas de forma corriqueira pela

Administração Pública na definição do objeto a ser adquirido ou prestado, uma vez que são consideradas pertinentes e oportunas para que o interesse público possa ser alcançado com eficiência e agilidade. Assim sendo, apresentam-se tais restrições amplamente aceitas pelos órgãos incumbidos do controle interno e externo da Administração Pública, sendo por estes também adotadas.

Se as especificações de ordem técnica voltadas à agilidade e segurança na prestação do serviço público são utilizadas de modo pacífico, com maior razão devem ser adotadas as especificações que visem à garantia da saúde e à preservação do meio ambiente, em face dos expressos comandos constitucionais e legais neste sentido (NASCIMENTO, 2006, p. 27).

Destarte, nos procedimentos licitatórios cujo objeto seja a aquisição de alimentos escolares para as escolas públicas, o Poder Público deve incluir nas especificações dos produtos a necessidade de comprovação de origem orgânica.

Considerando que a produção orgânica é oriunda, na maior parte dos casos, da agricultura familiar, a aquisição de um percentual dos produtos pode ser feita de forma direta, sem a necessidade de procedimentos licitatório, de forma a diminuir a burocracia, conforme autoriza a Lei n° 11.947/09: "Art. 14. Do total dos recursos financeiros repassados pelo FNDE, no âmbito do PNAE, no mínimo 30% (trinta por cento) deverão ser utilizados na aquisição de gêneros alimentícios diretamente da agricultura familiar e do empreendedor familiar rural ou de suas organizações, priorizando-se os assentamentos da reforma agrária, as comunidades tradicionais indígenas e comunidades quilombolas. §1° A aquisição de que trata este artigo poderá ser realizada dispensando-se o procedimento licitatório, desde que os preços sejam compatíveis com os vigentes no mercado local, observando-se os princípios inscritos no art. 37 da Constituição Federal, e os alimentos atendam às exigências do controle de qualidade estabelecidas pelas normas que regulamentam a matéria."

CONCLUSÕES

1. A utilização de agrotóxicos nas plantações causa sérios danos e riscos ao meio ambiente, além de gerar riscos à saúde dos agricultores e dos consumidores;

2. De acordo com o princípio da precaução, consagrado em normas internacionais e absorvido pelo art. 225 da Constituição Federal, deve-se adotar todas as medidas eficazes e economicamente viáveis para evitar a utilização de agrotóxicos nas plantações;

3. Em face do modelo de produção agrícola adotado, não se mostra economicamente viável abolir a utilização de agrotóxicos, mas apenas impedir a sua utilização em determinados setores;

4. Considerando o princípio da prioridade absoluta conferida às crianças e aos adolescentes pelo art. 227, *caput,* da Constituição Federal/88, aplicada à garantia do direito à saúde, deve-se priorizar a restrição ao uso de alimentos cultivados com agrotóxicos no ambiente escolar, em consonância com as diretrizes previstas na Lei de Alimentação Escolar (Lei n° 11.947/09);

5. O cultivo de alimentos orgânicos traz, além de benefícios para o meio ambiente e para a saúde humana, conseqüências positivas no âmbito social, em atendimento ao disposto na Lei de Segurança Alimentar (Lei n° 11.346/06) e na Lei n° 11.947/09;

6. A Administração Pública tem o dever de utilizar o seu poder de consumo para fomentar práticas adequadas sob o aspecto social e ambiental;

7. Considerando os mandamentos constitucionais, nos procedimentos licitatórios, ou nas compras diretas com dispensa ou inexigibilidade de licitação, cujo objeto seja o fornecimento de alimentação escolar para escolas da rede pública, o Poder Público deve exigir que os alimentos hortifrutigranjeiros sejam reconhecidamente orgânicos, salvo se comprovada a ausência absoluta de oferta, sendo cabível a propositura de Ação Civil Pública e a adoção de quaisquer outras medidas adequadas para o alcance deste fim.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**, 11ª. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

BRAGA, Benedito e outros. Introdução à Engenharia Ambiental: o desafio do desenvolvimento sustentável. 2ª. Ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2005.

CRETELLA JÚNIOR, José. Das licitações públicas. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

———————. Dicionário de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2002.

FEHLBERG, Lorena C.C., Lutz, Leonardo V. Lutz, MOREIRA, Adriana H. Agrotóxicos e seus efeitos sócio-culturais: Zona Rural do Valão de São Lourenço, Santa Tereza, ES, Brasil. Natureza on line. Disponível em www.naturezaonline.com.br/.../pdf/Revista_Online_Fehlberg.pdf. Acesso em: 02.07.2009.

HASHIMOTO, E.M. Estudo Cromossômico em linfócitos de aplicadores de inseticidas. Dissertação de mestrado em ciências biológicas, IBILCE da Universidade Estadual de São Paulo (UNESP) São José do Rio Preto, SP, 2003.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MILLER, G. Tyler. Alimento, solo e Manejo de Pragas. In: Ciência Ambiental. 11ª Ed. São Paulo: Thomson Learning, 2007.

NASCIMENTO, Sílvia Helena Nogueira. Parecer da Procuradoria do Estado de São Paulo. Processo SMA nº 10.4009/09, 2006.

NUNES, M.V., TAJARA E.H. (1998). Efeitos tardios dos praguicidas no homem. Revista de Saúde Pública 32: 372-382.

PEDNEKAR, M. D., GANDHI, S.R., NETRAWALI, M. S. (1987). Evaluation of mutagenic activities of endosuflan, phosalone, malathion, and permethrin, before and after metabolic activation, in Ames Salmonella test. Bulletin of Environmental Contamination and Toxicology 38: 925-933.

RIGON, Sílvia do Amaral. *In*: **revista Agroecologia** – Dezembro 2001/Janeiro 2002.

SHARP, D.S., ESKENAZI, B., HARRISON R., CALLAS P. e SMITH A.H. Delayed health hazardas of pesticide exposure. Annual Reviem of Public Health 7: 441-471, *In*: FEHLBERG, Lorena C.C., Lutz, Leonardo V. Lutz, MOREIRA, Adriana H. Agrotóxicos e seus efeitos sócio-culturais: Zona Rural do Valão de São Lourenço, Santa Tereza, ES, Brasil. Natureza on line. Disponível em www.naturezaonline.com.br/.../pdf/Revista_Online_Fehlberg.pdf. Acesso em: 02.07.2009.

TOKESHI, Hasime. Agrotóxicos no alimento e seus efeitos. Disponível em: www.cpmo.org.br/artigos/Agrotoxicos_Alimento_Tokeshi.pdf. Acesso em 02.07.2009.

073

O PODER PÚBLICO E O DEVER FUNDAMENTAL DE CONSUMO SUSTENTÁVEL

Rejane Strieder[1]

Promotora de Justiça/PE

INTRODUÇÃO

O modelo atualmente adotado pela sociedade capitalista, que estimula a produção e o consumo constante e ilimitado de bens e serviços, provoca um impacto assutador para o meio ambiente, pois demanda a utilização de uma quantidade crescente de recursos naturais e gera o descarte um volume de resíduos que supera a capacidade de regeneração da natureza. Constata-se que a responsabilidade por esta degradação não é apenas dos produtores, mas deve ser compartilhada também pelos consumidores, que possuem o efetivo poder de orientar as cadeias produtivas.

Dessa forma, para se obter uma verdadeira melhoria na qualidade ambiental ou, pelo menos, para a garantia da mínima preservação do meio ambiente necessário à manutenção da vida neste planeta, faz-se necessário reconhecer este poder exercido pelo consumidor e redefinir os padrões de consumo adotados, especialmente pelos grandes consumidores. Neste grupo encontra-se o Poder Público, que detém um extraordinário poder de consumo, em proporcionalidade ao volume consumido e às características de sua forma de consumo.

1. O PAPEL DO CONSUMIDOR EM RELAÇÃO ÀS MUDANÇAS AMBIENTAIS

Os hábitos de consumo e o estilo de vida passaram a ocupar um papel central nas discussões atuais sobre as principais causas do problema ambiental. Com efeito, na Sociedade de Consumo, o cidadão é reduzido à esfera do consumo com a "obrigação moral e cívica de consumir" (PORTILHO, 2005, p. 22), que o insere em um ciclo de supertrabalho para manter um superconsumo ostentatório em busca de uma felicidade economicamente mensurável – é mais feliz quem acumula mais riquezas. Essa lógica perversa gera um consumo ilimitado, alienado e irresponsável, que ignora as limitações naturais do meio ambiente.

É recente, entretanto, o reconhecimento do impacto deste importante fenômeno em face da questão ambiental. Até a década de 70, a crise ambiental era atribuída primordialmente ao crescimento demográfico, principalmente nos países pobres. O incontrolável aumento populacional dos países em desenvolvimento iria provocar o esgotamento de todos os recursos naturais disponíveis, era o discurso da época, fundado nas teorias neomalthusianas.

Com a Conferência de Estocolmo, passou-se a defender que os problemas ambientais eram decorrentes do estilo de produção das nações industrializadas, que demandavam um grande consumo de recursos naturais. Nesta época, as soluções apontadas cingiam-se ao desenvolvimento de novas tecnologias para aperfeiçoar o sistema de produção, de forma a produzir mais com menor necessidade de insumos naturais. A responsabilidade pelo equilíbrio ambiental era dos produtores, que deveriam oferecer produtos menos impactantes aos consumidores – vistos como meros coadjuvantes passivos do processo de produção.

Somente na década de 90, houve um deslocamento da percepção do problema ambiental, que deixou de focar exclusivamente nos padrões de produção, para analisar os impactos causados pelos padrões de consumo e pelo estilo de vida. Neste novo enfoque, o consumidor deixa de ser um sujeito passivo e passa a assumir responsabilidades decorrentes do próprio ato de consumo. Surge o consumidor como novo ator social, capaz de

[1] Graduada em direito pela Universidade Federal de Pernambuco, Graduanda em Ciências Sociais pela Universidade Federal de Pernambuco, Especialista em Gestão no Ministério Público pela Faculdade de Administração de Pernambuco, Pós-graduanda em Tutela Judicial do Meio Ambiente pela Faculdade Salesiana/ Sapere Aude, Promotora de Justiça do Ministério Público de Pernambuco, Presidente da Comissão de Gestão Ambiental do Ministério Público de Pernambuco, rejanestrieder@hotmail.com.

provocar mudanças significativas nos modos de produção e, consequentemente, nos impactos ambientais causados (PORTILHO, 2005, p. 32).

É oportuno destacar, que este deslocamento do enfoque não representa uma superação da antiga definição. Apesar da centralidade assumida pelo consumo, a produção industrial continua ocupando espaço nas agendas de discussões ambientais sobre as causas e as soluções para a crise. A mudança principal, contudo, reside na análise da produção em face de toda a cadeia produtiva, e não de forma alienada do consumo e do comportamento do consumidor. Dessa forma, criou-se uma co-responsabilidade a ser compartilhada entre o produtor e o consumidor – chamado a responder pelas conseqüências de suas escolhas consumeiristas. Portilho ressalta ser "inegável que o consumidor faz uso de posições éticas nas suas escolhas de consumo" (2005, p. 60).

É inegável que, por meio de suas escolhas, consumidor possui o poder de influenciar mudanças ambientais, tais como: mudanças nos padrões de produção; uso de fontes renováveis de energia; redução de quantidade de resíduos de embalagens; incentivo à responsabilidade ambiental das empresas; banimento de produtos nocivos ao meio ambiente; desenvolvimento de novas tecnologias; barateamento de produtos e serviços ecologicamente corretos pelo aumento da produção. Percebe-se que as práticas consumeiristas produzem efeitos diretos ao meio ambiente – ao reduzir a utilização de recursos naturais e a produção de resíduos pela escolha de produtos menos impactantes, por exemplo – e também indiretos, ao estimular, por exemplo, mais e mais produtores a considerarem o fator ambiental na produção.

A observação do consumo do Poder Público - incluindo-se neste conceito o Poder Executivo e o Poder Legislativo (com os respectivos Tribunais de Contas) da União, dos Estados e dos Municípios, assim como o Poder Judiciário em nível estadual e federal - leva-nos a um valor astronômico de recursos gastos em contratações de bens, serviços e obras. Isto, sem considerar os gastos efetivados pela administração indireta, ou seja, pelas autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e empresas controladas pelo Poder Público. Na Europa, estudos demonstraram que o Poder Público é o maior consumidor, gastando cerca de 16% (dezesseis por cento) do Produto Interno Bruto da União Européia em aquisições (COMISSÃO EUROPÉIA, 2004, p. 06). No Brasil, as compras governamentais movimentam recursos estimados em 10% do PIB (GUIA DE COMPRAS PÚBLICAS, p. 11). Computando-se apenas o Estado de São Paulo, no ano de 2006 o gasto estimado em consumo de bens e serviços foi de cerca de cinco bilhões de reais (NASCIMENTO, 2006, p. 06). Trata-se, indubitavelmente, de uma quantidade vultuosa de recursos que confere um grande poder de negociação aos órgãos do Poder Público em face dos produtores, tornando-os consumidores atraentes.

Aliado ao volume de recursos dispendidos, há ainda outros fatores que tornam a administração pública um consumidor interessante. Como ressalta Marçal Justen Filho (2008, p. 173), a contratação com o Poder Público interessa às empresas, pois garante uma venda continuada, com pagamento certo, durante um longo período. Em decorrência da aplicação do princípio da padronização, que consiste em um importante instrumento para a racionalização administrativa, impondo ao gestor público a necessidade de avaliar as aquisições passadas e futuras, são mantidos, sempre quando possível, os mesmos padrões adotados. Dessa forma, as empresas têm motivação de se adequar às exigências dos editais para passar a fornecer ao Estado.

Resta, assim, inegável o poder que os órgãos públicos detêm de influenciar as práticas de mercado – potencializando o poder inerente a todo consumidor. Ao adquirir determinado produto ou serviço, o Poder Público está fomentando a continuidade de venda daquele produto, pois está gerando lucros (e altos) para o produtor e está auxiliando na redução do seu preço em decorrência do aumento da produção, o que provocará um aumento do consumo daquele item por diversos consumidores públicos (que tão somente consideram o preço para a seleção dos licitantes) e privados (que apenas analisam o preço como critério de suas práticas consumistas), além de estimular outros agentes econômicos a iniciarem a sua produção, gerando uma cadeia – que poderá ser viciosa ou virtuosa, a depender dos critérios adotados para a escolha dos bens e serviços adquiridos. Ao criar demanda para determinado produto, é certo que o Poder Público viabiliza sua produção em larga escala, causando modificações no sistema de produção.

Sob o enfoque da qualidade e do aumento da sustentabilidade dos produtos e serviços, diversas mudanças percebidas foram decorrentes da pressão exercida pelos consumidores de formas diversas: na sabotagem dos consumidores e investidores às empresas que poluem o meio ambiente e na expansão dos mercados de produtos *environment friendly*. A quantidade crescente de "ecoprodutos" demonstra uma modificação do próprio conceito de qualidade do produto, que agora precisa englobar a vibilidade ambiental. E esse processo pode ser ainda mais acelerado com a adesão de novos consumidores – especialmente os órgãos públicos.

É importante destacar que, se para os indivíduos a escolha dos produtos e serviços envolve uma série de variáveis, especialmente a própria definição do papel ocupado por ele em determinada sociedade, para o Poder Público a escolha dos produtos e serviços depende apenas de uma decisão política sobre a identificação das necessidades existentes para o desempenho das atividades do órgão e da determinação sobre a melhor forma de supri-las. Assim, a definição dos itens a serem consumidos depende apenas de uma escolha racional, em consonância com os mandamentos legais. O grande e grave problema a ser enfrentado está na omissão do Estado em reconhecer-se na qualidade de consumidor e passar a utilizar o seu poder de consumo para provocar e induzir mudanças no sistema de produção.

2. O CONCEITO DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Em decorrência da atuação dos movimentos ecológicos, a expressão "desenvolvimento sustentável" consolidou-se nos mais variados discursos. Entretanto, a generalização do termo acabou por esvaziá-lo e torná-lo mero simulacro apropriado, inclusive, pelos responsáveis pelas práticas contrárias ao seu sentido "original" – tornou-se uma roupagem verde vestida por todos que utilizam um discurso "ambientalmente correto", independentemente de quão distante as palavras estejam da prática e de seus resultados.

É inegável que, apesar de ter se tornado panacéia para todos os males - não falta em nenhuma solicitação de verbas para projetos da natureza mais variada no campo eco-sócio-econômico dos países e regiões do nosso velho Terceiro Mundo - o conceito de desenvolvimento sustentável mantém uma conotação extremamente positiva.

O debate corriqueiro sobre meio ambiente e sustentabilidade tem a sua semente em meados do século XX, quando os países começaram a perceber as primeiras alterações de fenômenos naturais decorrentes do desequilíbrio provocado pela exploração exacerbada dos recursos naturais, trazendo estas questões para a agenda de reuniões internacionais.

Os primeiros movimentos sociais relacionados com questões ambientais apareceram na década de 60 – que passou a ser conhecida como "década da conscientização"- , quando desastres naturais, como a contaminação da Baía de Miramar, no Japão, possibilitaram a constatação de que certas ações humanas são capazes de alterações no meio ambiente, com reflexos catastróficos para toda a humanidade. Neste emblemático episódio, o mercúrio despejado nas águas da baía penetrou na cadeia alimentar e provocou mortes e deformações em larga escala, em decorrência da bioacumulação (OLIVEIRA e MACHADO, 2007, p. 142).

Neste período inicial, foi especialmente marcante o ano de 1968, quando um grupo de cientistas e empresários reuniu-se em Roma, com a finalidade de discutir o desenvolvimento econômico em face das questões ambientais, passando a ser conhecido como "Clube de Roma". Para a análise pretendida, o grupo contratou uma equipe multidisciplinar do *Massachusetts Institut of Technology* (MIT). O resultado destes estudos provocou um grande impacto na opinião pública, pois pela primeira vez um estudo científico apontou a existência de limites ao crescimento econômico em face da escassez dos recursos naturais, representando o primeiro sinal de alerta para a comunidade internacional. Surgiu a preocupação de que o crescimento econômico, entendido como condição necessária e suficiente para o bem estar da coletividade, pudesse ser ameaçado por questões ambientais. Nesse período, estudiosos passaram a desenvolver o conceito de "ecodesenvolvimento".

O debate internacional foi intensificado na década de 80 com a realização de diversos eventos e a confecção de importantes documentos como o Protocolo de Montreal, assinado em 1987, e, no mesmo ano, o Relatório da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CMMAD), criada pela Organização das Nações Unidas na Conferência de Estocolmo, que recebeu o nome oficial de "Nosso futuro comum", mas tornou-se conhecido como "Relatório Brundtland", em homenagem à Primeira Ministra da Noruega, Gro Harlem Brundtland, que presidiu a comissão.

Apesar do conceito "desenvolvimento sustentável" ter sido utilizado anteriormente nos relatórios da União Internacional para a Conservação da Natureza (IUCN, em suas iniciais inglesas), foi no Relatório Brundtland que a expressão ganhou, pela primeira vez, destaque internacional, incorporando-se definitivamente ao discurso ambientalista. No Capítulo 2 da Parte I do documento, conceituou-se desenvolvimento sustentável como "aquele que satisfaz as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir as suas próprias necessidades."

A concepção acerca da transnacionalidade das causas e conseqüências das questões ambientais restou consolidada com a realização da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, notoriamente conhecida como Rio-92, que resultou na definição de um verdadeiro "programa mundial voltado para a melhoria da qualidade de vida na Terra" (OLIVEIRA e MACHADO, 2007, p. 144). O crescimento econômico deixa de ser visto como condição necessária e suficiente para o bem estar geral. Passa-se a reconhecer que o bem estar depende essencialmente de fatores não econômicos, como ar limpo, água potável, ou seja, da qualidade dos fatores ambientais.

Feitas estas digresses históricas, pode-se começar a perceber com maior clareza o sentido da expressão "desenvolvimento sustentável" – cunhada, em seu sentido original, para permitir a continuidade de uma expansão econômica, especialmente dos países pobres, desde que realizada com o reconhecimento e o respeito aos limites da natureza. Em um estudo mais aprofundado, seria essencial uma análise crítica sobre o próprio conceito de "desenvolvimento" que se busca "sustentar", ou seja, manter. Mesmo em breves linhas, entretanto, não podemos nos furtar a uma suscinta reflexão.

Tomemos como ponto de partida o conceito literal da palavra "desenvolvimento" na lingual portuguesa: "1. Ato ou efeito de desenvolver; 2. Aumento, progresso; 3. Ampliação; 4. Explanação; 5. Minuciosidade; 6. Incremento; 7. Propagação; 8. Desenho (de planta, perfil, etc.)" (PRIBERAM). Observa-se que, de acordo com o sentido gramatical, a palavra desenvolvimento está intrínsecamente relacionada com a idéia de crescimento, de expansão, mas, em momento algum, menciona-se a existência de uma necessária relação deste crescimento com fatores econômicos. Percebe-se, assim, que a relação do "desenvolvimento", que se pretende sustentar, com a expansão

da economia decorre dos fatores históricos da formulação da expressão e de fatores culturais presentes na sociedade ocidental moderna.

O grave problema surge quando a sociedade capitalista passa a apregoar que a almejada felicidade está atrelada de um modo indissociável às conquistas materiais – quanto maior a acumulação de bens e riquezas maior a felicidade, eis o mote difundido. Este atributo é aceito implicitamente, e mesmo explicitamente, e a função de bem-estar social é reduzida à perseguição da afluência material. Neste sentido, compreende-se que a idéia de crescimento econômico estivesse implícita no conceito de "desenvolvimento sustentável" na sua origem e fosse mantida até os dias atuais. Diversos estudiosos, entretanto, alertam que essa idéia implícita gera uma contradição no conceito. Ora, se os recursos naturais são escassos e limitados, como defender que a sociedade continue a buscar um crescimento econômico – mesmo que moderado – como meta permanente?

A constatação da necessária limitação do crescimento material encontra embasamento na própria evolução das teorias econômicas. Inicialmente, de acordo com a visão analítica dos modelos neoclássicos de representação da sociedade econômica, entendia-se que o sistema econômico poderia ter expansão ilimitada, considerando apenas os aspectos do capital e do trabalho.

A grande mudança de paradigmas apenas ocorre com Daly, em 1996, que passa a reconhecer a limitação absoluta imposta pelo meio ambiente à expansão do sistema econômico. Percebeu-se que a economia não podia continuar a ignorar que o fluxo de matéria e energia é finito e limitado, de acordo com os princípios da termodinâmica, uma vez que a economia é apenas um subsistema originado da atividade humana, mas subordinado às leis fundamentais que regem os ecossistemas da biosfera (BRAGA ET ALLI, 2005, p. 226). Reconhecendo esta realidade, Daly afirma que o crescimento econômico representado pelo aumento contínuo do consumo de recursos naturais deve parar, passando-se para uma economia em "steady-state" (economia do estado estacionário, SSE, na sigla em inglês).

Segundo o economista australiano Philip Lawn, uma economia em "steady-state" não cresce, mas, por outro lado, não está estagnada ou definhando. Nela há um consumo de bens e serviços e um desgate do capital, que precisa ser substituído, mantendo o movimento da economia. A grande diferença é que o estoque de riqueza da economia não cresce fisicamente, mas busca-se uma melhoria qualitativa deste estoque, com a conseqüente melhoria do bem-estar da população (PARDINI, 2009, p. 10). Não há uma ausência de desenvolvimento – compreendido como melhoria do bem estar humano –, mas uma necessária uma mudança de valores que desvincula o aumento do bem estar com a aquisição constante de novos bens materiais. (ROMEIRO, 2003, p. 20).

Sob esta nova ótica, o sentido original da expressão "desenvolvimento sustentável" é modificado, desvinculando a noção de desenvolvimento da idéia de expansão econômica e aliando-o à idéia de melhoria de qualidade. Neste sentido apenas, o desenvolvimento pode ser sustentável. A aplicação deste novo conceito de desenvolvimento sustentável certamente implica em uma mudança de paradigmas na sociedade – que não poderá mais ser definida como "de consumo" – e uma mudança na atitude e no cotidiano de cada pessoa. Assim, como afirma SPANGENBERG (p. 14): "A sustentabilidade não *é uma missão impossível,* mas sim uma visão impossível de ser ignorada."

3. O CONSUMO SUSTENTÁVEL

A busca da sustentabilidade passa inevitavelmente pelo equacionamento da questão do consumo, sendo certo que "não se atingirá o desenvolvimento sustentável se não se proceder a uma radical modificação [...] do aspecto quantitativo e qualitativo do consumo." (MILARÉ, 2007, p. 81).

No âmbito internacional, a expressão "consumo sustentável" foi empregada pela primeira vez na Agenda 21, ao reconhecer, em seu Capítulo 4, que "as principais causas da deterioração ininterrupta do meio ambiente mundial são os padrões insustentáveis de consumo e produção, especialmente nos países industrializados."

No evento conhecido por "Oslo Roundtable", promovido pela Comissão de Desenvolvimento Sustentável da ONU, em 1995, o conceito de consumo sustentável foi tratado de uma forma bem concreta. Consta do documento elaborado que: "o consumo sustentável abarca idéias e práticas como prevenção da poluição, produção limpa, tecnologia limpa, minimização do lixo, reciclagem, conservação de recursos, eco-eficiência, eco-selo e preservação da biodiversidade. Mas ele também foca em estratégias em ações que definem as forças de mercado e sistemas, inplicando uma redifinação de relacionamentos entre pessoas e os produtos que elas consomem e seus hábitos e práticas. Então, em um nível mais fundamental, consumo sustentável implica uma mudança na economia global, valores sócio-culturais e relações econômicas entre Norte e Sul assim como em todas as sociedades."[2]

[2] "Sustainable consumption embraces ideas and practices such as pollution prevention, cleaner production, clean technology, waste minimization, recycling, resource conservation, eco- efficiency, eco-labelling and preservation of biodiversity. But it also focuses on strategies and actions that define the market forces and systems, implying a re-definition of relationships between people and the products they consume and their habits and practices. So, on a more fundamental level, sustainable consumption implies a change in the global economy, socio- cultural values and economic relationships between the North and the South as well as within all societies."

Percebe-se que o consumo sustentável não se restringe à proposição de mudanças tecnológicas, de *design* de produtos ou de comportamento individual, mas enfoca principalmente o reconhecimento do consumo como uma prática política de mudança social.

Dentro deste enfoque, apesar da grande confusão na utilização dos termos, alguns doutrinadores conseguem distinguir o consumo sustentável do consumo verde. Enquanto o consumo verde representa uma opção por produtos mais adequados ambientalmente - quando o consumidor passa a incluir, além da variável qualidade/ preço, a questão ambiental, mas sem questionar o próprio ato de consumo – o consumo sustentável implica necessariamente em uma redução de consumo, uma modificação nos padrões (GONÇALVES-DIAS, MOURA, 2007, p. 05). O consumo sustentável deve abranger uma análise social – que não pode ser desvinculada da análise ambiental – de forma a garantir um tratamento diferenciado a cada sociedade e uma distribuição equitativa das riquezas, no mesmo sentido da sustentabilidade empregada para definir o desenvolvimento.

Não se pode negar que uma mudança qualitativa através do "consumo verde" também é necessária e que muitos avanços foram alcançados, especialmente pela União Européia. O grande problema ocorre quando os consumidores acreditam que a sua responsabilidade limita-se à escolha de produtos "verdes", olvidando-se de que o principal problema não está da qualidade, mas no nível de consumo (GONÇALVES-DIAS, MOURA, 2007, p. 09). Infelizmente, a promoção da eficiência tecnológica, por si só, não é capaz de gerar uma sustentabilidade do consumo (BRAKEL, p. 22).

O reconhecimento da verdadeira responsabilidade ambiental inerente ao ato de consumo pelos indivíduos em geral depende de um processo lento, a ser gerado mormente através da educação e do convencimento, de forma a possibilitar que o indivíduo enxergue a relação entre os atos de seu dia-a-dia e a destruição ambiental e reavalie as suas reais necessidades de aquisição, libertando-se da sedução midiática.

No caso do consumo organizacional, seja público ou privado, de forma imediata, o comando da organização deve determinar a adoção do "consumo verde", incluindo em suas decisões sobre aquisições de bens e serviços o critério ambiental – o qual irá reduzir o impacto causado ao meio ambiente, além de auxiliar no política de conscietização do seus membros. A médio e longo prazo, entretanto, é imperativa a promoção de uma educação ambiental interna com o objetivo de gerar uma nova cultura de redução do desperdício e reenquadramento das necessidades, garantindo a verdadeira sustentabilidade do consumo.

4. O CONCEITO DE DEVER FUNDAMENTAL

Antes de demonstrarmos os dispositivos constitucionais que impõem ao Poder Público a necessidade de consumir de forma sustentável, é importante esclarecer a natureza desta obrigação, que se constitui em um dever fundamental. Considerando as explanações tecidas por Nabais, os deveres fundamentais podem ser definidos como "a responsabilidade comunitária que os indivíduos assumem ao integrar uma comunidade organizada" (2007, p. 288), a qual é reconhecida de forma implícita ou expressa no texto constitucional daquela comunidade, concretizando uma solidariedade universal. Os deveres fundamentais representam, em última análise, segundo ele, direitos a uma repartição universal dos encargos necessários para o funcionamento da comunidade estadual e, no caso dos deveres ecológicos, dos encargos necessários à própria sobrevivência da raça humana (2007, p. 338).

Desta feita, os deveres fundamentais são entendidos não como limites dos direitos fundamentais, mas como obrigações positivas perante a comunidade (MEDEIROS, 2004, p. 95). Os deveres fundamentais constituem categoria autônoma e não vinculada necessariamente aos direitos fundamentais, mas que vem acompanhando o desenvolvimento destes, sendo inegável falar-se hodiernamente dos deveres ecológicos (NABAIS, 2007, p. 169). Em relação a estes, torna-se mais fácil perceber a autonomia dos deveres. Basta lembrar, a título exemplificativo, que quando se fala em "direitos da futuras gerações" quer-se dizer deveres (sem titulares de direitos) das atuais gerações (NABAIS, 2007, p.108). Nada impede, por outro lado, que em alguns casos haja uma associação entre direitos e deveres fundamentais.

Torna-se importante frisar que os direitos e os deveres fundamentais encontram-se em um mesmo patamar, no patamar constitucional, integrando o estatuto constitucional da pessoa, "uma estatuto que assim tem duas faces, ambas igualmente importantes para compreender o lugar que a pessoa humana deve ter na constituição do indivíduo", a qual, dada a sua relevância, deve preceder quaisquer outras constituições, como a política ou econômica (NABAIS, 2007, p. 165). Da mesma forma que os direitos fundamentais limitam o conteúdo dos deveres, os deveres representam limitações ao conteúdo dos direitos fundamentais, especialmente com a limitação do exercício da liberdade, de forma a sempre garantir a prevalência dos interesses maiores da comunidade.

No funcional, os deveres fundamentais encerram os valores essenciais da sociedade, que ultrapassam os interesses dos indivíduos, em prevalência do bom funcionamento de todo o grupo social garantindo, desta feita, a repartição dos encargos que a convivência comunitária humana implica (NABAIS, 2007, p. 289). No caso dos deveres relacionados à preservação do meio ambiente, estes interesses são ainda de maior relevância, uma vez que o descumprimento destes deveres poderá acarretar a inviabilização do direito a vida não apenas das presentes, mas inclusive das futuras gerações e de toda a espécie humana no planeta. Por outro lado, no plano estrutural, os deveres fundamentais servem como parâmetro para o controle da constitucionalidade das demais leis e atos, que

devem estar com ele compatíveis, da mesma forma que orienta a interpretação para a aplicação destas leis e atos (NABAIS, 2007, p. 291/292). Tratam-se, portanto, de efeitos imediatos dos deveres fundamentais, sendo desnecessária qualquer regulamentação específica da previsão constitucional para tanto. Outro efeito imediato apontado por Nabais é a vinculação do legislador ordinário quanto à existência e quanto ao conteúdo destes deveres, que deverá respeitá-los ao editar normas para a concretização deste deveres (2007, p. 174).

Dessa forma, verifica-se que o reconhecimento de um dever fundamental provoca impactos em todo o ordenamento jurídico ao orientar a criação, aplicação e interpretação das demais normas, que devem a ele ser compatibilizadas.

Em relação à proteção do meio ambiente na Constituição Portuguesa, Nabais tece importantes considerações sobre os "deveres associados aos direitos ecológicos, como os deveres de defesa do ambiente e de preservação, defesa e valorização do patrimônio cultural" (2007, p. 238). Com efeito, assim como a Carta Lusitana, a Constituição Brasileira também trouxe de forma expressa estes deveres em seu texto, especialmente no art. 225, *caput* - "todos têm direito a um meio ambiente saudável e equilibrado e todos têm o dever de protegê-lo e conservá-lo" – sendo, assim, plenamente aplicável ao ordenamento pátrio a doutrina portuguesa.

Segundo Nabais, a relação entre os direitos a um meio ambiente equilibrado e o dever de preservá-lo é tão intensa que ele classifica tais direitos como "direitos com efeito boomerang", por serem eles "por um lado, direitos e, por outro lado, deveres para o respectivo titular activo, ou seja, direitos que, de algum modo, acabam por se voltar contra os próprios titulares." (2007, p. 239).

5. O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL EM FACE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS BRASILEIRAS

A Constituição de 1988, denominada por alguns de Constituição "Verde", é considerada uma das mais avançadas do planeta em matéria ambiental (MILARÉ, 2007, p. 147). Conforme explanado anteriormente, ela trouxe no art. 225 a previsão do direito/dever de preservação de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, conforme ressalta José Afonso da Silva: "A qualidade do meio ambiente transforma-se, assim, num bem ou patrimônio, cuja preservação, recuperação ou revitalização se tornaram um imperativo do Poder Público, para assegurar uma boa qualidade de vida, que implica boas condições de trabalho, lazer, educação, saúde, segurança – enfim, boas condições de bem-estar do Homem e de seu desenvolvimento." (2004, p. 24).

Ao lado do dever estatal geral de defesa do meio ambiente, a Constituição elencou, ainda, deveres específicos, dentre os quais se encontra no inciso V a obrigação de "controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente." Acerca do inciso, ponderá Milaré que "levado a sério, como deve, tal dispositivo é extremamente revolucionário", pois "de um modo implícito, são privilegiadas as chamadas tecnologias limpas" (2007, p. 152).

Neste sentido, é inegável que o fomento à produção e a comercialização de produtos e serviços ambientalmente adequados através da criação de um mercado de consumo pelas aquisições de públicas é uma forma de controle, na medida em que tais práticas enfraquecem a produção, a comercialização e o emprego de técnicas potencialmente nocivas ao meio ambiente e, consequentemente, à vida.

Resta claro que, ao consagrar a proteção do meio ambiente de forma expressa, o constituinte delimitou a existência de uma nova projeção ou dimensão do direito fundamental à vida, uma vez que o meio ambiente é o espaço no qual a vida – e não somente a vida humana – se desenvolve (SILVA, 2004, p. 58). Considerando que os direitos fundamentais são concretizações do princípio da dignidade humana na carta constitucional, considerando, ainda, o equilíbrio ambiental como pré-requisito para a existência da vida e, por conseguinte, da vida digna humana, é indubitável que o direito ao meio ambiente sadio ostenta a qualificação de direito fundamental (MEDEIROS, 2004, p. 273). Essa novo direito fundamental foi reconhecido pela Declaração do Meio Ambiente, elaborada como resultado da Conferência de Estocolmo, em 1972, e no Princípio 1 da Declaração do Rio (ANTUNES, 2008, p. 24).

Neste sentido, as normas constitucionais que versam sobre a ordem econômica e financeira devem ser interpretadas em consonância com o direito fundamental à proteção ambiental. Com efeito, para reforçar esta interpretação, no art. 170, inciso VI, a Constituição Federal já determina expressamente como princípio da ordem econômica a defesa do meio ambiente. Destarte, de acordo com Marques (2007, p. 144), a defesa do meio ambiente passa a integrar a estrutura do desenvolvimento econômico, condicionando-o intrinsecamente.

Isto significa que toda a atividade econômica do Poder Público deve observar rigorosamente as normas de proteção ambiental, com o intuito de minizar os impactos causados – seja quando o Poder Público atua na implementação de políticas públicas, seja quando ele atua como agente do mercado consumidor – dentre as quais inclue-se a obrigatoriedade de promoção do desenvolvimento sustentável.

Como concretização dos ditames constitucionais, é válido ressaltar a Lei Federal nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, a qual indica no artigo 4º como seus objetivos a compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico e a preservação e restauração dos recursos ambientais com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente, concorrendo para a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida. Trata-se,

portanto, de uma imposição legal expressa ao desenvolvimento sustentável e, consequentemente, ao consumo sustentável.

Destarte, considerando a existência de normas constitucionais e infra-constitucionais expressas impondo que o desenvolvimento ocorra de forma sustentável, é necessário enfatizar que, para o Poder Público, o cumprimento destas determinações é imperativo, em face do princípio da legalidade, previsto no art. 37, *caput*, da Consituição Federal. Há muito, a doutrina vem conferindo uma interpretação mais ampla e mais adequada a este princípio, conforme leciona Di Pietro (2002, p. 143): "Com efeito, a vinculação da atividade administrativa ao direito não obedece a um esquema único, nem se reduz a um tipo específico de norma jurídica – lei formal. Essa vinculação, ao revés, dá-se em relação ao ordenamento jurídico, uma unidade (Constituição, leis, regulamentos gerais, regulamentos setoriais), expressando-se em diferentes graus e distintos tipos de normas, conforme a disciplina estabelecida na matriz constitucional. A vinculação da Administração não se circunscreve, portanto, à lei formal, mas a esse bloco de legalidade (o ordenamento jurídico como um todo sistêmico), a que aludia Hariou, que encontra melhor enunciação, para os dias de hoje, no que Merkl chamou de princípio da juridicidade administrativa [...]."

6. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI DE LICITAÇÕES

Para a adoção de um "consumo verde" - que representa uma das etapas em busca do "consumo sustentável", conforme acima exposto - no caso da administração pública, torna-se imprescidível a utilização de um processo licitatório, o qual deve ser manejado de forma adequada para garantir o alcance deste objetivo específico, em consonância com os ditames constitucionais.

A regras basilares da hermenêutica jurídica rezam que as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas de acordo com os mandamentos contidos na Carta Magna. Dessa forma, em face das considerações já tecidas acerca do dever fundamental de proteção ao meio ambiente e dos demais princípios contidos na Constituição de 1988, resta claro que a interpretação conferida aos dispositivos constantes da Lei n° 8.666/93 deve guardar consonância com estes mandamentos maiores.

Dentre deste enfoque, de acordo com a análise do próprio conceito tradicional apresentado por CRETELLA (1993, p. 16), percebe-se que a licitação é um instrumento para o alcance da satisfação dos interesses da coletividade, isto é, do interesse público. A própria Lei de Licitações é enfática ao determinar em ser artigo 40, inciso I, que a administração deve definir o objeto a ser contratado de forma clara e objetiva, com todas as características necessárias ao atendimento deste interesse público.

Nos dias atuais, não é mais possível dissociar-se do interesse público o interesse com a proteção ao meio ambiente, pois inegavelmente o interesse coletivo maior será sempre a preservação da vida, com qualidade. Destarte, do próprio fundamento do procedimento licitatório extrai-se a intrínseca necessidade de inclusão de critérios ambientais em todas as suas fases.

Há uma percepção generalizada no sentido de que a Lei n° 8.666/93 exige a observância exclusiva do menor custo financeiro para a administração e veda, inexoravelmente, condições que comprometam ou restrinjam o caráter competitivo da licitação. Trata-se de concepção equivocada que não apenas fere as normas constitucionais, mas contraria as próprias disposições contidas no referido diploma legal.

É preciso esclarecer, que inclusão de critérios de sustentabilidade ambiental nas aquisições da administração pública não vai provocar uma alteração no tipo licitatório empregado e não é incompatível ou colide com a adoção de um procedimento licitatório tipo "menor preço". Com efeito, a consideração da variável ambiental implicará em uma modificação das espeficações do objeto a ser licitado, especificações estas que devem ser observadas por todos os licitantes ao apresentarem o custo do contrato. Dessa forma, não há qualquer implicação quanto ao tipo de licitação, mas quanto às especificações do objeto do contrato. As mesmas considerações são válidas para os demais tipos licitatórios, pois seja qual for a modalidade ou tipo escolhido pela Administração Pública, em obediência às exigências legais, a modificação trazida pela consideração da variável ambiental restringe-se às características do objeto a ser contratado.

Neste sentido, incumbe à administração pública indicar o objeto, definindo-o de forma clara e objetiva, com as características necessárias ao atendimento do interesse público, nele incluído, obrigatoriamente, segundo a Constituição, todas as qualidades que garantam o respeito ao meio ambiente. Assim, considerando as características do objeto licitado, cuja definição dependerá de análises técnicas quanto aos impactos ambientais, os participantes do certame deverão apresentar suas propostas que continuarão a ser julgadas com os mesmos critérios até então utilizados, conforme as modalidades e tipos previstos em lei.

Percebe-se que, em uma licitação pública de serviços ou obras, deverá ser conferida especial atenção à fase preparatória do certame, com o fornecimento dos instrumentos e condições necessários a que os responsáveis possam elaborar termos de referência, projeto básico e projeto executivo que contemplem especificações que venham a contribuir para a proteção do meio ambiente. No caso de uma licitação em que se apresente necessário o julgamento com amparo na melhor técnica ou na análise da técnica e preço, as questões ambientais podem e devem ser contempladas como fator de pontuação das propostas, com vista à escolha daquela que melhor atenda ao interesse público.

Neste ponto, muitos poderiam contrapor à argumentação tecida a necessidade de observância do princípio da economicidade. Não há, entretanto, nenhum conflito entre a re-qualificação do objeto a ser licitado e o referido princípio. Repise-se que, no tocante às compras, a licitação do tipo menor preço não significa, em absoluto, o menor custo para a Administração Pública, ou seja, a menor quantia em dinheiro que deverá sair dos cofres públicos em determinado momento, levando-se em conta todos os bens disponíveis no mercado, de modo a que sempre seja adquirido aquele de menor valor, independentemente de suas especificações. Significa, sim, que o Poder Público deve buscar o preço mais vantajoso para o bem cuja especificação atenda ao interesse público.

Dessa forma, ainda que haja um aumento imediato de gastos para a administração pública - pois, em alguns casos, os bens ambientalmente menos impactantes possuem um custo superior a outros disponíveis no mercado – a opção pela alternativa menos impactante para o meio ambiente decorre do sopesamento de valores: respeito ao meio ambiente *versus* economicidade, com necessária prevalência do aspecto ambiental, por imposição constitucional, conforme tratado anteriormente. Em síntese, pode-se afirmar que o produto ou serviço menos impactante para o meio ambiente é o único capaz de satisfazer o interesse público em garantir a qualidade de vida através da promoção do desenvolvimento sustentável.

Especificamente em relação ao critério para seleção das propostas estar vinculado a questões financeiras, Cretella afirma que "nem sempre o preço é fator preponderante para a aceitação da propostas mais barata, pois, confrontando com outros valores, pode ser por eles superado, desde que apresentem maiores vantagens para o Estado." (1993, p. 241).

Dentro desta abordagem ampla, percebe-se que o aumento direto das despesas da administração pública para a implementação de medidas ambientalmente corretas não é vultuoso e, "em todo caso, muito inferiores ao custo dos danos provocados pelas mudanças climáticas, caso não se tomem quaisquer medidas", conforme destacado pela Comissão Européia (2008, p. 08). Isto sem mencionar outros benefícios, que produzem impactos econômicos indiretos relevantes, como a redução da poluição, que provoca o decréscimo na incidência de diversas doenças e, consequentemente, diminuem os custos do serviço público de saúde, além de evitar a necessidade de despoluição e descontaminação do ar, da terra ou da água. É assente entre os técnicos e doutrinadores que os custos com a prevenção sempre serão menores do que os custos com a reparação – que, apesar de cara, nem sempre mostra-se eficiente e possível (TOLMASQUIM, 1994, p. 202).

No que tange à preservação do caráter competitivo do certame, o art. 3° da Lei de Licitações e contratos, em seu §1°, inciso I - em atendimento ao princípio constitucional da livre concorrência, previsto no art. 170, inciso IV - veda a inclusão de cláusulas ou condições restritivas decorrentes de circunstância impertinente ou irrelevante – adjetivos que não podem ser empregados aos critérios ambientais. No mesmo sentido dispõe em seu art. 7°, §5°, em relação à execução de obras e para a prestação de seviços.

É importante reconhecer que a justificativa está diretamente relacionada com a definição do objeto a ser licitado. Assim, quando o objeto da licitação for sofisticado, anômalo ou requintado, de forma a restringir a quantidade de participantes, em razão da necessidade de uma capacidade técnica elevada, é imprescindível que a administração comprove que a definição do objeto reflete escolhas compatíveis com os fins buscados pela administração (JUSTEN, 2008). No caso de inclusão do critério ambiental, a argumentação limitar-se-á a demonstrar a redução de impactos ambientais, sendo tal fato suficiente para justificar o incremento no nível de qualificação técnica.

Veja-se que o Poder Público sempre que especifica o bem a ser adquirido restringe o objeto do certame àqueles bens que se apresentam compatíveis com os requisitos impostos, excluindo-se, por consequência, aqueles que não estão conformes às especificações dadas pelo instrumento convocatório da licitação. Não há como se especificar um bem, serviço ou obra sem que se façam restrições, uma vez que na especificação do objeto da licitação ou do contrato, se celebrado de forma direta, a Administração Pública passa a delimitar o universo do objeto pretendido.

Quando é indicada a velocidade mínima de um equipamento de informática, ou a potência mínima do motor de um veículo, todos os que não estiverem de acordo com o requisito imposto pela Administração Pública terão sua participação vedada no certame, sob pena de desclassificação da proposta que se apresentar em desacordo com as condições impostas na licitação. Trata-se, no caso, de restrições utilizadas de forma corriqueira pela Administração Pública na definição do objeto a ser adquirido ou prestado, uma vez que são consideradas pertinentes e oportunas para que o interesse público possa ser alcançado com eficiência e agilidade. Tais restrições são amplamente aceitas pelos órgãos incumbidos do controle interno e externo da Administração Pública, sendo por estes também adotadas.

Se as especificações de ordem técnica voltadas à agilidade e segurança na prestação do serviço público são utilizadas de modo pacífico, com maior razão devem ser adotadas as especificações que visem à preservação do meio ambiente, em face dos expressos comandos constitucionais e legais neste sentido (NASCIMENTO, 2006, p. 27). Dessa forma, ainda que eventualmente restritiva, se pertinente, relevante, motivada e tecnicamente justificável, a lei admite que se façam distinções. Neste sentido pronunciou-se o próprio Tribunal de Contas da União na Decisão TCU n° 530/95, "a especificação técnica restritiva é de admitir-se se for condição essencial para que o produto atenda à necessidade da administração, ao que se deduz do art. 7°, §5°." (PEREIRA, 2007, p. 69).

No caso de obras e serviços, em seu art. 12, inciso VII, a lei de licitações e contratos, inclusive, é expressa ao prever a obrigatoriedade da consideração dos impactos ambientais no Projeto Básico, o qual tem a função de

demonstrar a viabilidade e a conveniência da execução do empreendimento (JUSTEN, 2008, p. 127/128). Ressalte-se a lei não restringe a referida exigência a empreendimentos vultuosos, mas aplica-a a todo e qualquer empreendimento, sem distinção.

Dessa forma, os estudos técnicos preliminares à elaboração do projeto básico podem demonstrar a necessidade de inclusão de determinadas exigências que venham a restringir a competição, com vistas à opção por materiais ou serviços menos impactantes para o meio ambiente. Neste caso, a indicação de marcas ou de características ou especificações exclusivas de determinado fornecedor é tecnicamente justificável, garantindo-se o cumprimento do disposto no art. 7°, §5° da lei de licitações. Sobre o assunto, pronuncia-se Justen Filho (2008, p. 146), nos seguintes termos: "É possível a contratação de fornecedores exclusivos ou a preferência por certas marcas, desde que essa seja a solução mais adequada para satisfazer as necessidades coletivas. Não se admite a opção arbitrária, destinada a beneficiar determinado fornecedor ou fabricante."

É certo que, em alguns casos, a modificação das especificações do objeto usualmente licitado pelo administração poderá provocar uma redução no número de pessoas físicas e jurídicas concorrentes e até a ausência de licitantes. Percebe-se, contudo, que tal situação é temporária, pois diversos fornecedores sentir-se-ão estimulados a desenvolver as tecnologias exigidas pelo Poder Público para novas contratações, aumentando o volume de produção, que causará uma diminuição de preço e um aumento no consumo, provocando um desestímulo para produtos ambientalmente inadequados e rejeitados pelas licitações, de forma a gerar uma cadeia virtuosa.

CONCLUSÕES

1. Passou-se a reconhecer que a degradação ambiental não é responsabilidade apenas dos fornecedores, mas também dos consumidores, que possuem o poder de influenciar mudanças ambientais, tais como: mudanças nos padrões de produção; uso de fontes renováveis de energia; redução de quantidade de resíduos de embalagens; incentivo à responsabilidade ambiental das empresas; banimento de produtos nocivos ao meio ambiente; desenvolvimento de novas tecnologias; barateamento de produtos e serviços ecologicamente corretos pelo aumento da produção;

2. O consumo sustentável é uma das facetas do desenvolvimento sustentável, que deve abarcar não apenas uma melhoria nas técnicas de produção - garantindo uma produção sustentável -, mas, fundamentalmente, uma redução no volume de consumo aos níveis mínimos necessários à satisfação das necessidades e uma melhora na qualidade dos produtos e serviços consumidos, de forma a produzir o menor impacto ambiental possível, em face da tecnologia disponível;

3. O dever de desenvolvimento e, consequentemente, de consumo sustentável pelo Poder Público está previsto no art. 225 da Carta Magna de 1988, como expressão do dever de defesa e de preservação do meio ambiente, caracterizado-se como um dever fundamental, que condiciona a interpretação e a aplicação de todas as demais normas integrantes do ordenamento jurídico pátrio;

4. Nos termos do art. 170, inciso VI, da CF/88, toda a atividade econômica do Poder Público deve observar rigorosamente as normas de proteção ambiental, com o intuito de minizar os impactos causados – seja quando o Poder Público atua na implementação de políticas públicas, seja quando ele atua como agente do mercado consumidor;

5. As normas contidas na lei de licitações devem ser interpretadas em consonância com os ditames constitucionais, com o intuito de concretizar o interesse público, que não pode ser dissociado do interesse em preservar o meio ambiente;

6. As contratações do Poder Público, sejam decorrentes de licitação ou efetivadas de forma direta, mediante dispensa de licitação ou de sua inexigibilidade, deverão, a partir do que determinam a Constituição, a Política Nacional do Meio Ambiente e a própria Lei de Licitações, considerar as variáveis ambientais para a definição da quantidade e da qualidade dos produtos e serviços a serem consumidos, de forma a utilizar o seu poder de consumo para provocar e induzir mudanças no sistema de produção, com o objetivo de garantir a sustentabilidade do desenvolvimento;

7. O Poder Público deve promover uma educação ambiental entre os seus membros com o objetivo de gerar uma nova cultura de redução do desperdício e reenquadramento das necessidades, garantindo a verdadeira sustentabilidade do consumo, através da redução das demandas.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**, 11ª. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

BERNARDES, Júlia Adão; FERREIRA, Francisco Pontes de Miranda. Sociedade e Natureza. *In:* CUNHA, Sandra Batista da; GUERRA, Antônio José Teixeira (organizadores). **A questão ambiental**: diferentes abordagens. 4ª. Ed. São Paulo: Bertrand Brasil, 2008.

BINANBOJM, Gustavo. **Teoria do Direito Administrativo, Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. São Paulo: Renovar, 2006.

BRAGA, Benedito *et al.* **Introdução à engenharia ambiental**, 2ª ed. São Paulo: Pearso Prentice Hall, 2005.

BRAKEL, Manus Von. Os Desafios das Políticas de Consumo Sustentável, *In:* **Cadernos de Debate:** Projeto Brasil Sustentável e Democrático, n° 02. Disponível em <http://www.brasilsustentavel.fase.org.br/>. Acesso 04.02.2009.

BRUSEKE, Franz. O problema do desenvolvimento sustentável. *In*: CAVALCANTI, Clóvis (Organizador). **Desenvolvimento e Natureza:** Estudos para uma sociedade sustentável. Recife: INPSO/FUNDAJ, Instituto de Pesquisas Sociais, Fundação Joaquim Nabuco, Ministério de Educação, Governo Federal, 1994. Disponível em: <http://168.96.200.17/ar/libros/brasil/pesqui/cavalcanti.rtf>. Acesso em 15.01.2009.

CAVALCANTI, Clóvis. Sustentabilidade da economia: paradigmas alternativos de reaização econômica. *In:* CAVALCANTI, Clóvis (organizador). **Desenvolvimento e natureza:** estudos para uma sociedade sustentável. Recife: INPSO/FUNDAJ, Instituto de Pesquisas Sociais, Fundação Joaquim Nabuco, Ministério de Educação, Governo Federal, 1994. Disponível em: <http://168.96.200.17/ar/libros/brasil/pesqui/cavalcanti.rtf>. Acesso em 15.01.2009.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Dicionário de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

_____. **Das licitações públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Licitação para contratos de publicidade**: Economicidade. *In*: BLC. n° 06, jun. 1993.

_____. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002.

FERNANDES, Francisco; LUFT, Celso Pedro; GUIMARÃES, F. Marques. **Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**, 30ª. Ed. São Paulo: Globo, 1993.

GONÇALVES-DIAS, Sylmara Lopes Francelino; MOURA, Carla. **Consumo sustentável:** muito além do consumo "verde". Diponível em: <www.catalogosustentavel.com.br/.../sylmara_Enanpad2007_APSC2378.pdf>. Acesso em: 08.01.2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**, 12° Ed. São Paulo, Dialética: 2008.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1999.

MAIMON, Dália. Responsabilidade ambiental das empresas: realidade ou discurso? *In:* CAVALCANTI, Clóvis (organizador). **Desenvolvimento e natureza:** estudos para uma sociedade sustentável. Recife: INPSO/FUNDAJ, Instituto de Pesquisas Sociais, Fundação Joaquim Nabuco, Ministério de Educação, Governo Federal, 1994. Disponível em: <http://168.96.200.17/ar/libros/brasil/pesqui/cavalcanti.rtf>. Acesso em 15.01.2009.

MARQUES, Clarissa. **Desenvolvimento econômico e meio ambiente**: uma perspectiva relacional. João Pessoa: Idéia, 2007.

MARTINS, Sérgio Roberto; SOLER, Antônio Carlos Porciúncula; SOARES, Alexandre Melo. Instrumentos tecnológicos para a construção da sociedade sustentável. *In*: VIANA, Gilney; SILVA, Marina; DINIZ, Nilo (organizadores). **O desafio da sustentabilidade:** Um debate socioambiental no Brasil. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **Meio Ambiente**: Direito e Dever Fundamental. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**, 11ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Direito Administrativo Brasileiro**, 25ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**, 12ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. **Quadros temáticos de acordos, tratados e convenções multilateriais e bilaterais em vigor no Brasil**. Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/quadros.htm>. Acesso em 02.07.2009.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações e contratos**, 9ª. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

NASCIMENTO, Sílvia Helena Nogueira. **Parecer da Procuradoria do Estado de São Paulo.** Processo SMA n° 10.4009/09, 2006.

OLIVEIRA, Lívia de; MACHADO, Lucy Marion Claderini Philadelpho. Percepção, Cognição, Dimensão Ambiental e Desenvolvimento com Sustentabilidade. *In*: VITTE, Antônio Carlos, GUERRA, Antônio José Teixeira (organizadores). **Reflexões sobre a Geografia Física no Brasil**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

PARDINI, Flávia. **Entrevista com Philip Lawn**: design, e não desastre. Revista página 22, n° 31. São Paulo: Posigraf, 2009.

PEREIRA JÚNIOR, Jesse Torres. **Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública**, 7ª. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PORTILHO, Fátima. **Sustentabilidade ambiental, consumo e cidadania**. São Paulo: Cortez, 2005.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**, 11ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ROMEIRO, Ademar Ribeiro. **Desenvolvimento Sustentável**. Campinas: Embrapa Monitoramento por Satélite, 2003.

SAMPAIO, José Adércio Leite; WORLD, Chris; NARDY, Afrânio. **Princípios de direito ambiental na dimensão internacional e comparada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo, Malheiros, 2004.

SPANGENBERG, Joachim H. **Critérios integrados para a elaboração do conceito de sustentabilidade.** Tradução: Maria Eugenia Urrestarazu. Cadernos FASE 03. Disponível em: <http://www.fase.org.br/v2/pagina.php?id=599>. Acesso em 05.12.2008.

TOLMASQUIM, Maurício Tiomno. Economia do Meio Ambiente: Forças e Fraquezas. *In:* CAVALCANTI, Clóvis (organizador). **Desenvolvimento e natureza:** estudos para uma sociedade sustentável. Recife: INPSO/FUNDAJ, Instituto de Pesquisas Sociais, Fundação Joaquim Nabuco, Ministério de Educação, Governo Federal, 1994. Disponível em: <http://168.96.200.17/ar/libros/brasil/pesqui/cavalcanti.rtf>. Acesso em 15.01.2009.

074

ROYALTIES: RECURSOS DISPONÍVEIS PARA EFETIVAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DA INFÂNCIA E JUVENTUDE COMO PRIORIDADE ABSOLUTA

Rosemary Souto Maior de Almeida[1]

Promotora de Justiça/PB

EXPOSIÇÃO

Os *royalties* são uma compensação financeira devida aos Estados pelas empresas concessionários produtoras de petróleo e gás natural no território brasileiro. Os recursos são distribuídos aos Estados, Municípios, ao Comando da Marinha, ao Ministério da Ciência e Tecnologia e ao Fundo Especial administrado pelo Ministério da Fazenda, que repassa aos estados e municípios de acordo com os critérios definidos em legislação especifica.

Os repasses são feitos a cada mês com base nos cálculos efetuados pela Agencias Nacional de Petróleo (ANP) de acordo com os preceitos da Lei n. 9.478/97 e n. 7.990/89, regulamentadas, respectivamente, pelos Decretos n. 2.705/98 e 01/91. Os valores oscilam para mais ou menos, e, por conta da crise mundial nos últimos meses os repasses tem sofrido reduções consideráveis. Só um acompanhamento de perto é que se constatam os valores repassados e divulgados por ano e mês do site citado.

No presente trabalho nos interessa os repasses feitos aos municípios com fundamento nos aludidos critérios e repassados administrativamente ou por decisão judicial. São vários os municípios que obtiveram êxitos em ações judiciais, visualizadas no site da Agencia Nacional do Petróleo, Gás Natural e Bicombustível: www.anp.gov.br/participacao _gov./royalties.asp.

O município de Itambé assim como outros de Pernambuco e de outras cidades do país começaram a receber por força de decisão judicial e ao consultar o aludido site nós tivemos a oportunidade de identificar os valores repassados. Ao mesmo tempo descobrimos que o Tribunal de Contas de Pernambuco, assim como de outras unidades da Federação não fazem quaisquer fiscalizações desses repasses, inclusive outros municípios já recebiam antes e não havia nenhum controle de tais verbas. Os Prefeitos é quem decidem a disponibilidade dos recursos, apenas com a proibição de aplicação em despesas de pessoal ou dividas, como se vê pela vedação prevista no art.8 da Lei n. 7.990, de 28/12/1989:

> "***O pagamento das compensações financeiras previstas nesta Lei, inclusive o da indenização pela exploração do petróleo, do xisto betuminoso e do gás natural será efetuado, mensalmente, diretamente aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e aos órgãos da Administração Direta da União, até o último dia útil do segundo mês subseqüente ao do fato gerador, devidamente corrigido pela variação do Bônus do Tesouro Nacional (BTN), ou outro parâmetro de correção monetária que venha a substituí-lo, VEDADA A APLICAÇÃO DOS RECURSOS EM PAGAMENTOS DE DÍVIDA E NO QUADRO PERMANENTE DE PESSOAL.*** (Redação dada pela Lei n. 8.001, de 13/03/1990).

É importante registrar que antes da democratização do país os *royalties* ficavam centralizados na União e com a Constituição Federal de 05/12/1988 uma nova sistemática foi adotada para os repasses a outras entidades, inclusive os municípios como preceituam o art.21, Inciso XIX da C.F:

[1] Promotora de Justiça de Itambé e docente do CCJ da Universidade Federal da Paraíba

"Instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso".

A Carta Magna no art. 20, Inciso XI assegura a compensação financeira para exploração de petróleo ou gás natural nos termos da lei.

A partir daí são vários os municípios que passaram a receber os repasses dos *royalties*. Com os recursos realizaram uma verdadeira revolução social, pois, efetivamente aplicaram e continuam aplicando em políticas públicas nas áreas da educação, saúde, saneamento básico e outras necessidades públicas, segundo as orientações e compromissos assumidos, concretizando os interesses sociais, fazendo a diferença em prol de um desenvolvimento sustentável e um verdadeiro gerenciamento intergeracional.[2]

Alguns Estados e poucos municípios são exemplos vivos dos aludidos objetivos, como é o caso do Rio Grande do Norte e que apresentam bons resultados na aplicação dos recursos dos *royalties*. O resultado não é o mesmo para outras localidades destinatárias dos recursos em epígrafe. O grau de responsabilidade social de cada gestor público é que vai fazer o diferencial na melhoria das condições de vida da população, principalmente com relação aos Índices de Desenvolvimento Humano (IDH).Ao nosso ver a Infância e Juventude está excluída desse contexto de prioridades em adoção de políticas públicas.

Os recursos dos *royalties* não são vinculados e os Princípios Constitucionais esquecidos pelos gestores municipais. No diploma legal citado consta apenas a vedação para aplicação especifica, ficando apenas adstrita ao critério pessoal dos gestores para a sua destinação. O montante dos recursos é significativo e precisa ser levado em consideração. A ampla liberdade dos gestores em sua utilização é que esta sendo muito criticada. O modelo vinculante é apontado como a única saída para o impasse. A própria Carta Magna soluciona o impasse quando determina o critério da **Prioridade Absoluta para as políticas públicas das Crianças e Adolescentes.**

Muitos recursos são liberados sem qualquer previsão orçamentária a partir do deferimento liminar e como conseqüência a verba repassada dos *royalties* são destinados até para pagamentos de shows, bandas e artistas em datas de festividades tradicionais nos municípios. O Ministério Público a nosso ver tem um desafio a enfrentar, pois como órgão legitimado a exigir a criação e implementação de políticas públicas não pode mais aceitar o velho refrão como desculpa: ***"não temos verba para isso ou aquilo", principalmente quando se trata de crianças e adolescentes.*** A situação atual é tão critica que vários são os projetos de leis, ainda em tramitação para vincular os recursos dos *royalties,* totalmente díspar um do outro. Alguns já arquivados ou retirados a pedido do autor, tais como:PL nº7164/06, 4900/05, 4767/05, 4328/04, 3318/04, 20/43/03, 2042/03, 1678/03, 5520/01, 3018/00, 2954/00 e 2356/00. Não que a cultura não é importante, mas a saúde, educação e segurança pública são prioridades sociais inarredáveis, cujo descaso afeta drasticamente o futuro das crianças e adolescentes e da própria sociedade como um todo. No ano de 2009 os PL de Inocêncio Oliveira e Fernando Chiarelli, ambos apensos ao PL n. 1618/03 e PL- 4018/03, respectivamente, ambos com regime de tramitação ordinária, o primeiro visa repartir os valores com outros municípios e o segundo a criação de um fundo, contudo ambos silenciam quanto ao caráter vinculante, evidenciam o desinteresse pela prioridade absoluta.

Na verdade os repasses *royalties* têm ampliado os cofres dos municípios, principalmente daqueles que já contam com programas ou ações com recursos do governo federal, cujo montante é considerável e nunca alcançaram os patamares de hoje. Na história recente jamais os Prefeitos foram beneficiados com tanto recursos. Inúmeras cidades recebem de repasses dos *royalties* valores superiores aos repasses do **FPM** (Fundo de Participação dos Municípios). O que tem gerado um verdadeiro frenesi de Prefeitos em procurar as bancas de Advogados especializados no tema. Por outro lado, os recursos dos *royalties* carecem de uma fiscalização eficiente, pois as irregularidades são previsíveis pela ausência normativa que vincule os repasses. No dia 04 de março de 2009 o **Supremo Tribunal Federal (STF), decidiu pela manutenção da continuidade do deposito judicial dos *royalties* pagos pela Petrobras pela estação coletora de petróleo do Robalo (SE). Os valores estão sendo depositados em conta corrente da Caixa Econômica Federal. A decisão do STF vale até que seja julgada em definitivo a disputa entre os municípios sergipanos de Pirambu e Pacatuba, para que se saiba exatamente em que limite territorial se encontra a estação coletora. Em agosto de 2007, a então Presidente do STF, Ellen Gracie, indeferiu pedido do município de Pirambu para que fosse suspensa a decisão que determinou o deposito judicial dos *royalties*, proferida pela Terceira vara Federal de Sergipe e mantida pelo Tribunal Regional Federal da Quinta Região (TRF -5).**

Nosso trabalho é em síntese uma proposta de atuação funcional na matéria, um itinerário de sugestões a percorrer, visando sempre um trabalho em prol da credibilidade desta Instituição que tem demonstrado garra, responsabilidade e acima de tudo coragem ao encarar os desafios e não temer os obstáculos. Uma proposta de ação articulada e uniforme para atingir com eficiência os propósitos de vinculação aos ditames da Carta Magna, que são auto-aplicaveis, matéria de relevância de Direitos Humanos no sentido amplo do termo. Sempre com arrimo na

---

[2] Uma gestão voltada para garantia dos *royalties* como instrumento de **Equidade intergeracional**, cujo objetivo é aplicação adequada dos recursos gerados pela União, distribuídos em escalas governamentais no âmbito nacional e regional, sempre visando a compensação das futuras gerações, como recursos não renováveis e acarretarão esvaziamento econômico quando as reservas acabarem, pois são recursos finitos.

ponderação e aberto a novas iniciativas que possam contribuir para a efetivação da **prioridade absoluta em favor dos direitos e garantias da Infância e Juventude.**

No ano de 2007 ao detectar a problemática, como medida imediata a Promotoria de Justiça de Itambé como iniciativa resolveu elaborar a Recomendação n.06/07(**ANEXO I**), lembrando ao Prefeito a necessidade de implantação do orçamento infanto-juvenil. A iniciativa foi para sensibilizar o gestor municipal, orientando para a concretização da cidadania infanto-juvenil. Infelizmente, a recomendação não atingiu seu objetivo, como programática não foi levada a serio e os recursos foram gastos em shows de artistas nacionais e regionais, tais como: Zezé de Camargo e Luciano; Zé Ramalho e outros, assim como Bandas famosas, cujos processos de gestão dos recursos dispensam Licitações, como têm entendido o Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, não obstante as solicitações de auditorias especiais pelo MP a respeito, sem qualquer conseqüência até os dias de hoje.

No caso do município de Itambé os valores repassados em 2007 são significativos (R$1.760.473,55), em 2008 (R$7.667.433,53) e até 21/07/09, somam um total de R$ 13.388.826,42 (***treze milhões, trezentos e oitenta e oito mil, oitocentos e vinte e seis reais e quarenta e dois centavos***), um montante de recursos consideráveis para uma cidade com IDH 0, 642 segundo **PNUD/IPEA/FJP** e um dos índices mais preocupantes do Estado de Pernambuco, **em condições de carências múltiplas**, expostas na Portaria de Inquérito Civil da Portaria n.01/08 / (**ANEXO II**).

Um total de quatorze municípios de Pernambuco recebe os repasses dos *royalties* e ao detectar o montante repassado para os municípios, constatados pelo site da ANP, nós informamos ao Procurador Geral de Justiça, que sensível ao problema, determinou em caráter não normativo Recomendação, n.008/08 (**ANEXO III**).

A partir daí notificamos o Prefeito do Município que simplesmente se recusou a fornecer os documentos requisitados, entregando ao MP **exclusivamente os relatórios de gestão fiscal do período, sem a documentação correspondente e requisitada**, relatório que são dotados de publicidade. Entretanto, nós continuamos o trabalho, impetramos **Mandado de Segurança com Pedido de Liminar**, que **fora concedido (ANEXO IV)** e, assim o Prefeito apresentou toda a documentação que se omitiu. Infelizmente, quanto à omissão referente ao crime do art. 10 da Lei n. 7347/85 um Assessor Criminal da Procuradoria Geral entendeu que não vislumbrou recusa, retardamento ou omissão de dados técnicos, considerando conduta atípica e o parecer foi pelo arquivamento descumprimento por parte do Prefeito. O caminho foi mais longo e com o apoio do CAOP - Patrimônio Público nós temos enfrentado a situação e temos esperança de uma solução para a aplicação dos repasses dos *royalties,* embora reconheça que não será fácil, pelas pedras do caminho que na maioria das vezes beneficiam e estimulam os Gestores Municipais em descumprir a lei e se explicar depois, ficando apenas no final como um mal entendido. Nosso trabalho visa trazer a baila esse enfrentamento concreto e traçar perspectivas.

É inquestionável que a Constituição Federal imponha a **PRIORIDADE ABSOLUTA** para Infância e Juventude e como a Lei Maior do Ordenamento Jurídico e tal conteúdo observado sem demora:

> ***Art.227 – É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com Absoluta Prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, á cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência família e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligencia, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.***

Se crianças e adolescentes enveredam para os caminhos tortuosos da violência, DST-AIDS, drogas e afins, na maioria das vezes são por conta da ausência de pais e até do Estado que retiraram delas opções de uma vida digna. A família e a escola não os apóiam suficientemente, como faz as ruas, os crimes e as drogas, embora de forma ilusória. Não há exigências vinculantes e condicionais por parte do Governo Federal aos municípios para repassar verbas para as crianças e os adolescentes. Os Prefeitos recebem vários recursos para tal ou qual programa, em contrapartida não se cobra resultados, avaliações ou a destinação de parte especifica de seus próprios recursos como **prioridade absoluta.** A oportunidade e conveniência do gestor são absolutas. Os Conselhos Municipais da Infância e Juventude são atrelados ao mandato de cada gestor, infelizmente é um dado de realidade, apesar das intervenções do Conselho Tutelar e até do Ministério Público, a palavra final de qualquer iniciativa, projeto ou programa é sempre do Prefeito, ainda, em muitos municípios da Federação. **Como entender que os Prefeitos, até dos municípios que recebem *royalties* continuem a dizer que não tem recursos e os aplique em situações pouco recomendáveis ou deixam de efetivar políticas públicas para implantação de Medidas Sócios –Educativas, tais como:Liberdade Assistida, Prestação de Serviços, Semi-liberdade, casas abrigos, aldeias SOS, Programas para o adolescente aprendiz (profissionalizante); apoio ao esporte etc.** Medidas Fundamentais para enfrentamento da violência a pequeno, médio e longo prazos, em consonância com a realidade de cada município.

Como reduzir a violência e defender teleologicamente recursos que não vão oferecer sustentabilidade aquelas comunidades. A constatação de que um dia os recursos dos *royalties* vão acabar e o que ficará para as novas gerações?

Nós do Ministério Público não agüentamos mais a retórica da ausência de recursos e assistirmos os recursos **dos *royalties*** serem mal gerenciados e até desviados sem qualquer iniciativa Ministerial, seremos cobrado no futuro, assim como em relação a regularidade dos Fundos Municipais de Previdência Social.

A Carta de Brasília pela Justiça para Infância e Juventude elaborada em 11/07/08 (ABMP), em comemoração aos 15 anos do Estatuto da Criança e do Adolescente no auditório do STJ, publicada em 18/07/05 pelo Superior Tribunal de Justiça n**o STJ Noticiais**, ainda, não foi cumprida na sua integralidade. O país carece de políticas publicas para crianças. Todos nós pagamos um preço muito alto pelo não investimento, o custo é alto e muita tragédia poderia ser evitada, muitos jovens teriam outro futuro e sociedade ganharia com a diminuição da violência geral e uma sociedade mais justa e solidaria. Infelizmente, gestores, ainda, preferem investir em cadeias e presídios, se omitindo para o grande numero de adolescentes assassinados, desprezando os instrumentos de prevenção com arrimo na Dignidade do Ser Humano.

O Padre Julio Lancelotti, da Pastoral do menor defende uma grande verdade: ***"Hoje não há nenhuma política pública para o adolescente no Brasil. É um verdadeiro descalabro. Não se discute profundamente uma política pública articulada, universal, complementar, em parceria com a sociedade civil. A política publica que o Estatuto aponta é uma forma de resgatar a cidadania e a dignidade de todas as crianças, não só das pobres. O Estatuto não é uma lei para criança pobre. É uma lei para a criança brasileira. E, no entanto parece que, quando falamos do Estatuto , só falamos de crianças pobres. Na verdade nenhuma delas tem todos os seus direitos garantidos. Faltam metas e parâmetros claros que nós queiramos atingir. Se não tem política pública para o adolescente em geral, não tem para o adolescente em conflito com alei. E aí a violência se perpetua. A questão do primeiro emprego, da saúde, da educação, da cultura, todas tem que se configurar em políticas públicas. Chega de projeto. O Brasil já tem projeto demais: o que ganha dinheiro daqui, o que é mais badalado, o que tem o jogador de futebol, o artista, aquele que a família real vem visitar. ..Nós vivemos de projetos.A sociedade Brasileira já sabe o que tem que fazer.E tem que acabar a vitrine.Tem que ter políticas pública. E vontade política para isso. A política pública significa orçamento, recursos públicos, planejamento, avaliação e acompanhamento. Se nós colocamos isso no horizonte, isso já vai mostrar uma serie de mudanças que temos que fazer. A criança que está na rua, pedindo esmolas, é a denuncia de uma sociedade e de um poder público que não são capazes de administrar a cidade e gerenciar políticas públicas para que essa criança não esteja lá.Quem dá esmolas hoje para nossas crianças é o poder público".***[3]

A decisão do Supremo Tribunal Federal de 08/07/2008, sob a relatoria do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, que *determinou ao Estado de Tocantins a implantação, na cidade de ARAGUAÍNA-TO, no prazo de 12 (doze) meses, de unidade especializada para cumprimento das medidas socioeducativas d internação e semiliberdade aplicadas a adolescentes infratores, é* uma luz no final do túnel para minimizar a situação deplorável em que se encontram milhares de crianças e adolescentes no Brasil, obrigando a Administração Pública a respeitar o ***interesse superior da criança e do adolescente nas opções de implementação de políticas públicas, nos casos levados análise do Judiciário, por meio de instrumentos juridico-processuais adequados, em que se comprove a inobservância das garantias infanto-juvenis. A decisão citada é uma das poucas em que o Poder Judiciário decidiu assumir a sua parcela de responsabilidade nessa luta, pois inúmeras ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público com essa finalidade foram julgadas improcedentes, sob o amparo de teorias arcaicas, carcomidas pelo tempo, que muitos julgadores ainda se apegam para impossibilitar o Poder Judiciário de ter ingerência nas opções políticas eleitas pelos administradores, calçadas no principio da separação dos Poderes, dentre outras.***

Agora precisamos correr atrás dos recursos se os gestores públicos são omissos. Não podemos cruzar os braços apesar dos obstáculos existentes e, que, ainda, virão. Persistir e resistir é preciso. A mediação poderá ser uma das soluções, pois um acordo consubstanciado no TAC poderá significar a implantação de políticas públicas em prol da Infância e Juventude aqui e agora sem demora. A pressão do Ministério Público é importante se bem utilizada para o cumprimento do mister constitucional da Prioridade Absoluta. Por outro lado, a restituição ao erário público é outra seara, apesar de longínqua, com os mecanismos dribladores atuais.

O município de Itambé, por exemplo, tem sinalizado a destinação de parte considerável dos recursos dos *royalties* para políticas públicas de garantia para pessoas em peculiar condição de desenvolvimento. Um caminho longo de diálogos, propostas e argumentações foram iniciados. Portanto, é imprescindível evidenciar que a juventude precisa de um tratamento compatível como pessoa em condição peculiar de desemvolvimento, em conflito consigo mesmo e com as instituições. Os adolescentes em geral (pobres e ricos) como tal enfrentam um grau de dificuldades que precisam ser consideradas. Pessoas, cidadão que não devem ser condenadas a criminalidade pelo determinismo "Lombrosiano" e a lógica perversa do sistema que tem orientado vários equívocos nessa área. Condenação para os adolescentes vivos e também para os que devem morrer. Uma cidade, como tantas outras, que conta com vários adolescentes executados sumariamente tem uma dívida enorme a resgatar com as futuras gerações, a solução de continuidade é reescrever uma nova historia para essas "**crianças invisíveis**"[4], que nós adultos e Prefeitos, principalmente, insistimos em não ver.

---

[3] Internet:: WWW.direitos.org.br

[4] Crianças Invisíveis: Filme: **Sete lições de vida retratadas pelos mais importantes diretores de** seus países,MK Film Productions em co-produção com RAI CINEMA, Diretores renomados dentre eles SPIKE LEE e outros, 124 min. aprox. drama. Imperdível. São Historias que vão te chocar, fazer sorrir e se emocionar. 2005

O processo de reconhecimento dos direitos fundamentais da criança e do adolescente é resultado de lutas antigas e novas, baseadas no inconformismo com a dura realidade de injustiça e agressão a esses sujeitos em desenvolvimento. No Brasil a proteção especial conferida à infância ou juventude, seja na Constituição, seja no Estatuto da Criança e do Adolescente, foi fruto de pressão de vários setores da sociedade. Buscou-se garantir um mínimo aceitável de condições adequadas de desenvolvimento para viabilizar o atingimento da idade adulta com dignidade. Apesar do reconhecimento desses direitos em documentos internacionais, constituições e leis federais, estaduais e municipais, verificam-se ainda inúmeras dificuldades para garantir a proteção e a implementação deles, sejam os de primeira geração, vida, liberdade etc., como também os direitos prestacionais sociais, chamados de segunda geração, já que o Poder Público não se incumbe de garantir os referidos direitos, ignorando-os quando das escolhas na implantação das políticas públicas. A mudança da dura realidade de milhares de crianças e adolescentes em situação de ameaça ou violação de direitos depende da conscientização da sociedade e dos governantes da necessidade de se estar constantemente identificando o real interesse desses sujeitos de direito nas opções de implantação de políticas públicas. Contudo, inúmeras crianças e adolescentes vivem á margem das mais básicas políticas públicas, como vida, educação, saúde, lazer, cultura, esporte, segurança etc.

Como bem acentuou Olympio de Sá Sotto Maior Neto: "*No contexto de desassistência e abandono experimentado pela maioria das crianças e adolescentes brasileiros, pretende-se que o Comando da Constituição Federal vinculado a Prioridade Absoluta (repetido nas Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas Municipais) não permaneçam mera declaração, retórica, exortação moral, singelo conselho ao administrador e, porque assim tomado, postergado na sua efetivação ou relegado ao abandono.*"[5]

Somente será possível diminuir os custos pessoais, familiares, comunitários e estatais na infância e juventude brasileira com **permanente investimento econômico** (***dotações orçamentárias priorizadas*** – *alínea " d" do Parágrafo Único, do art. 4 do Estatuto),* ***político (preferência na formulação e execução de políticas sociais públicas*** – *alínea "c" do Parágrafo único, do art. 4, e arts.59,87,88 e Parágrafo Único, do art. 261 do Estatuto)* e ***social (fortalecimento dos Conselhos dos Direitos e dos Conselhos Tutelares*** – *arts. 89,90,91,95,131 a 140, 260 e 261 do Estatuto).* O Ministério Público tem um papel decisivo nesse processo, ***zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis*** - *art.200, Inciso VIII do Estatuto. Os recursos dos royalties é um meio possível de aplicação concreta em beneficio de política pública e garantia da prioridade absoluta da Infância e Juventude.*

O importante é a atuação implacável e impecável do Ministério Público nos ***royalties ou outros recursos disponíveis.*** Se o membro do Ministério Público de cada município acessar o site referido e procurar acompanhar a aplicação dos repasses estará ao mesmo tempo fiscalizando a aplicação criteriosa dos recursos e zelando pelos direitos infanto-juvenis. Ao adotar as medidas aqui sugeridas e outras de iniciativas próprias, certamente contribuirá decisivamente para a implantação e efetivação das políticas publicas da infância e juventude, e, ainda, oferecerá ao Gestor Municipal a oportunidade de ser um amigo da criança e do adolescente, lembrando ao mesmo as promessas de campanha, ainda, não cumpridas. Por outro lado, os dividendos políticos naturais de uma atitude de ação e compromisso em prol de um presente e um futuro melhor para as crianças e os adolescentes de seu município e conseqüentemente do Brasil. Por outro lado, uma resposta eficiente de enfrentamento da gênese da violência, criando oportunidades aos sujeitos em condição de desenvolvimento digno, reescrevendo uma nova historia rumo a uma sociedade mais justa e solidária.

CONCLUSÃO: Incentivar os colegas a adentrar no âmbito dos repasses dos recursos provenientes dos *royalties* a adotar uma postura atuante, incentivando a adoção dos instrumentos extrajudiciais, legais e processuais disponíveis aos integrantes do Ministério Público Brasileiro, visando à efetivação da Prioridade Absoluta na aplicação dos recursos nos municípios da Federação, como determinação Constitucional. Uma ação uniforme e articulada, mas decisiva no combate a omissão dos gestores públicos na adoção de políticas públicas Infanto-Juvenis.

[5] Tese Aprovada por unanimidade nos Congressos Nacional do Ministério Público em Recife de 17 a 20/10/01 e da ABMP em Belém de 15 a 17/11/01.

075

"DA NÃO APLICAÇÃO DO ART. 47, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC, ÀS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA"

Salomão Abdo Aziz Ismail Filho*

Promotor de Justiça do Ministério Público de Pernambuco

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Justificativa 3. Conclusão. 4. Referências Bibliográficas.

I- INTRODUÇÃO

Conforme o art. 129, inciso III, da Constituição Federal, cabe ao Ministério Público a defesa judicial e extrajudicial do patrimônio público, dente outros interesses difusos e coletivos, a partir da ação civil pública e da instauração do inquérito civil.

A ação civil por ato de improbidade administrativa, prevista no art. 37, § 4º, da Constituição Federal de 1988, e na Lei 8.429, de 02 de junho de 1992, é um dos principais instrumentos para a defesa judicial do patrimônio público, através da responsabilização dos agentes públicos (e seus eventuais colaboradores) que venham a praticar condutas de improbidade administrativa que importem em enriquecimento ilícito, prejuízo ao Erário Público ou atentado contra os princípios da Administração Pública.

Entretanto, por se tratar de uma ação de natureza civil, deve a ela ser aplicado o parágrafo único do art. 47 do CPC, que torna obrigatória a presença de todos os litisconsortes passivos (responsáveis e beneficiários do ato de improbidade), sob pena de extinção do processo sem resolução de mérito?

Esse o questionamento que pretendemos responder através do presente trabalho.

II- JUSTICATIVA

O art. 47, parágrafo único, do Código de Processo Civil, dispõe sobre a citação de todos os litisconsorte passivos necessários, sob pena de extinção do processo sem resolução de mérito.

Tal norma, porém, tem causado grande tumulto processual nas ações de improbidade administrativa ajuizadas pelo Ministério Público, pois o autor da demanda, em razão dela, vê-se obrigado a incluir na demanda todos os responsáveis, direta ou indiretamente, pelo ato de improbidade administrativa.

Por conseguinte, em muitos casos, a ação de improbidade apresenta vários réus, pessoas físicas e jurídicas, que são incluídos no pólo passivo da demanda, para que não se corra o risco de que se aplique a regra do art. 47, parágrafo único, do CPC.

O que isso significa? Retardo na marcha processual, adiando indefinidamente a sentença de mérito, em razão da dificuldade de encontrar e citar todos os demandados; vários prazos de notificação prévia; contestações em dobro (art. 191 do CPC); inúmeras testemunhas e requerimentos de depoimento pessoal; requerimentos procrastinatórios de prova etc.

No entanto, defendemos que o multicitado art. 47, parágrafo único, do CPC, não se aplica às ações de improbidade administrativa.

Pois, embora as ações da Lei 8.429/92 sejam de rito civil (art. 37, § 4º, da CF/88 e o art. 12 da LIA ressalvam a responsabilidade penal e administrativa decorrentes do ato de improbidade), visam a impor aos agentes ímprobos

* Titular da 2ª PJ Cível de Ipojuca.

sanções individuais, como a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, o ressarcimento do dano e a proibição de contratar com o poder público.[1]

A propósito, comungamos com a opinião de Mateus Bertoncini, segundo a qual a Magna Carta de 1988 criou um regime especial para a responsabilização por ato de improbidade, que não é nem civil, penal, administrativo ou político. Explica o referido autor que, como, ontologicamente, não há diferença entre o ilícito civil, penal ou administrativo, não há que se falar em *bis in idem,* confundindo a ação de improbidade administrativa com uma ação penal.[2]

Deveras, trata-se de uma esfera especial e paralela de apuração da má gestão pública e da ausência de probidade no desempenho de funções administrativas, consagrada constitucionalmente através do art. 37, § 4º, da atual Carta brasileira.

Assim, o Juiz, em caso de condenação, ao aplicar as sanções do art. 12 da LIA deverá levar em conta a extensão do dano praticado e o proveito patrimonial obtido pelo agente (parágrafo único do art. 12 da Lei 8.429/92).

Isso demonstra que as sentenças condenatórias da ação de improbidade administrativa não são comandos idênticos e, como têm natureza sancionatória e punitiva, o dispositivo condenatório será aplicado de forma gradual, na medida da responsabilidade de cada um dos envolvidos no ato de improbidade.

Ora, o *caput* do art. 47 do CPC define o litisconsórcio necessário quando, por disposição legal ou em razão da natureza da relação jurídica, o juiz tiver que decidir de modo uniforme para todas as partes.

Mas, tal norma jurídica não é aplicável às ações de improbidade administrativa, porque o Juiz, mesmo em caso de condenação, não deverá decidir de modo uniforme, pois as suas sanções são individuais (*intuitu personae*) e aplicadas de forma gradual, isto é, de acordo com o dolo (ou culpa, cfe. as hipóteses do art. 10 da LIA) do agente da ação de improbidade administrativa.

Assim, não há que se falar em presença obrigatória de todos os responsáveis na ação de improbidade administrativa.

Nesse sentido, há decisão da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Pernambuco, em julgado de 02.06.2009. *Verbis:*

> "PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO – AÇÃO DE IMPROBIDADE – CITAÇÃO DE LITISCONSORTES PASSIVOS NECESSÁRIOS – IMPOSSIBILIDADE – RESPONSABILIDADE DO ATO *INTUITO PERSONAE* DO GESTOR PÚBLICO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. DECISÃO UNÂNIME.
> 1. **As sanções administrativas pelo ato de improbidade são aplicáveis *intuitu personae* e independem da presença daqueles que se beneficiaram do ato ilegal, ainda que solidária não necessitava da presença no feito dos demais** (*sic*)
> 2. **Aplicação não configurada das hipóteses tratadas no art. 47 do CPC, quando à necessidade de imposição da formação de litisconsórcio necessário entre o chefe do poder executivo e demais beneficiados do ato de improbidade.**
> 3. Agravo regimental improvido.
> 4. Decisão unânime" (grifo nosso).[3]
>
> Mencione-se, ainda, o seguinte precedente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:
> "ADMINISTRATIVO. **IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EMPREGUISMO.**
> 1. **Não há litisconsórcio necessário, decorrente de imposição de lei ou da necessidade de resolver a lide de modo uniforme para os litisconsortes, como exige o art. 47 do CPC, na ação de responsabilidade por ato de improbidade, pois todos os figurantes no ato, ou apenas um deles, pode ser demandado**. Representação técnica correta e, de todo modo, sua hipotética deficiência, respeitante ao descumprimento pelo procurador das obrigações do mandato, deve ser enfrentada e decidida em demanda entre o cliente e o advogado. Constitui ato de improbidade realizar acordo político, encabeçado por vereador do Partido Político, para empregar em cooperativa o presidente do diretório local.
> 2. APELAÇÃO DESPROVIDA" (destacamos).[4]

---

[1] Sobre a independência entre as instância civil da improbidade administrativa e criminal, consulte-se Pedro Roberto Decomain, **Improbidade Administrativa,** São Paulo, Dialética, 2007, p. 202-205.

[2] Mateus Bertoncini, **Ato de improbidade administrativa:** 15 anos da Lei 8.429/1992, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 238-240.

[3] PERNAMBUCO (Estado), Tribunal de Justiça, acórdão no agravo regimental nº 184.582-9/01, 7ª Câmara Cível, rel. Fernando Cerqueira, Recife, 02.06.2009, disponível em: <http://www.tjpe.jus.br/processos/ole_busca_processos_numero2.asp>, acesso em: 07.07.2009.

[4] RIO GRANDE DO SUL (Estado), Tribunal de Justiça, acórdão na apelação cível nº 70005626395, 4ª Câmara Cível, relator Araken de Assis, Porto Alegre, 07.05.2003, disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/resultado.php>, acesso em: 07.07.2009.

Destarte, a não aplicação do art. 47, parágrafo único, do CPC, às ações civis de improbidade administrativa é imprescindível, para que se evitem delongas processuais com a presença de muitas pessoas na lide, assegurando a punição dos principais responsáveis pelo ato de improbidade.

Portanto, o Promotor de Justiça de patrimônio público, justificadamente, por uma questão de estratégia processual, poderá acionar os principais responsáveis pelo ato de improbidade, sem a necessidade de incluir no pólo passivo da demanda todas as pessoas físicas e jurídicas supostamente colaboradoras e/ou beneficiadas pelos atos de improbidade, as quais poderão até compor outra ação de improbidade, quando se obtiver provas mais robustas a respeito das suas condutas ou for conveniente para o interesse público a sua responsabilização.

Propomos, enfim, a aplicação do Princípio da Divisibilidade às ações de improbidade administrativa, que já foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal com relação à ação penal pública, podendo o *Parquet,* de forma justificada, visando à realização da justiça social, em homenagem à celeridade processual (art. 5°-LXXVIII da CF/88), acionar apenas os principais responsáveis pelo ato de improbidade administrativa.[5]

III- CONCLUSÃO

O art. 47, parágrafo único, do CPC, não se aplica às ações civis por ato de improbidade administrativa, em razão da natureza *intuito personae* das suas sanções (art. 12, parágrafo único, da Lei 8.429/92), que devem ser aplicadas (ou não) de forma gradual, podendo o *Parquet,* de forma justificada, visando à realização da justiça social, em homenagem ao Princípio da Celeridade Processual (art. 5°-LXXVIII da CF/88), acionar apenas os principais responsáveis pelo ato de improbidade administrativa.

IV- REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal para concursos públicos,** 2ª ed. São Paulo: Método, 2006.

BERTONCINI, Mateus. **Ato de improbidade administrativa:** 15 anos da Lei 8.429/1992. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no *Habeas Corpus* n° 93524/RN, 1ª Turma, rel. Min. Carmen Lúcia. Brasília, 19.08.2008, DJ de 31.10.2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=indivisibilidade%20e%20acao%20penal%20publica&base=baseAcordaos>. Acesso em: 06.07.2009.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Improbidade Administrativa.** São Paulo: Dialética, 2007.

PERNAMBUCO (Estado). Tribunal de Justiça, acórdão no Agravo regimental n° 184.582-9, 7ª Câmara Criminal. Recife, 02.06.2009. Disponível em: <http://www.tjpe.jus.br/processos/ole_busca_processos_numero2.asp>. Acesso em: 07.07.2009.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal de Justiça, ac. na Apelação Cível n° 70005626395, 4ª Câmara Cível, relator Araken de Assis. Porto Alegre, 07.05.2003. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/resultado.php>. Acesso em: 07.07.2009.

[5] Conforme, BRASIL, STF, ac. no HC 93524/RN, 1ª Turma, rel. Min. Carmen Lúcia, Brasília, 19.08.2008, DJ de 31.10.2008, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=indivisibilidade%20e%20acao%20penal%20publica&base=baseAcordaos>, acesso em: 06.07.2009. Consulte-se, ainda, Norberto Cláudio Pâncaro Avena, **Processo Penal para concursos públicos,** 2ª ed., São Paulo, Método, 2006, p. 50-51.

076

"DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 29-VIII DA LEI 8.625/93: FORO PRIVILEGIADO DENTRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO"

Salomão Abdo Aziz Ismail Filho*

Promotor de Justiça do Ministério Público de Pernambuco

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Justificativa 3. Conclusão. 4. Referências Bibliográficas.

I- INTRODUÇÃO

O Ministério Público, conforme o art. 129, inciso II, da Constituição Federal, é *ombudsman* perante os Poderes Públicos e os serviços de relevância pública, promovendo as medidas necessárias para a defesa dos direitos assegurados constitucionalmente. Já o inciso III da referida norma constitucional dispõe que cabe ao Ministério Público a defesa judicial e extrajudicial do patrimônio público, dentre outros interesses difusos e coletivos, a partir da ação civil pública e da instauração do inquérito civil.

E como fica o exercício da tutela extrajudicial e judicial do patrimônio público, através de inquérito civil, ação civil pública ou ação civil por ato de improbidade administrativa, quando se tratar de ato atribuído ao Governador do Estado, ao Presidente da Assembléia Legislativa e ao Presidente do Tribunal de Justiça?

Segundo a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, o exercício de tais funções é atribuição do Procurador-Geral de Justiça (art. 29-VIII da Lei 8.625/93). A nossa tese questionará, justamente, a constitucionalidade de tal norma jurídica.

II- JUSTICATIVA

Nos termos do inciso VI do art. 129 da Constituição Federal, o Ministério Público poderá expedir notificações, nos procedimentos administrativos da sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los. Regulamentando a previsão constitucional, mencionem-se o art. 26-I da Lei 8.625/93; o art. 8º da LC 75/93 e o art. 8º, § 1º, da Lei 7.347/85.

Trata-se de um instrumento bastante útil para dar efetividade às deliberações e decisões tomadas pelo membro do Ministério Público em seu atendimento ao público e no exercício das suas funções investigativas.

Conforme o art. 26, § 1º, da Lei 8.625/93, as notificações e requisições ministeriais, quando tiverem como destinatários o Governador do Estado, membros do Poder Legislativo e Desembargadores, serão encaminhadas através do Procurador-Geral de Justiça.

Lamentavelmente, o art. 29, inciso VIII, da Lei 8.625/93, cria uma espécie de "foro privilegiado" dentro do Ministério Público, ao determinar que as funções do art. 129, incisos II (*ombudsman)* e III (instauração de inquérito civil ou ajuizamento de ação civil pública para a defesa de interesses difusos e coletivos), da Constituição Federal, serão exercidas pelo Procurador-Geral de Justiça, quando a autoridade reclamada for o Governador do Estado, o Presidente da Assembléia Legislativa ou o Presidente do Tribunal de Justiça.

Em nosso entendimento, tal norma é inconstitucional, pois viola o princípio do promotor natural (art. 5º-LIII e 129, § 4º, da CF/88); afinal, mesmo que o ato seja praticado em uma cidade fora da Capital do Estado, caberá ao Procurador-Geral de Justiça capitanear a atuação judicial e extrajudicial do Ministério Público, fato extremamente sensível, na medida em que o PGJ é escolhido pelo Governador do Estado (uma das autoridades que deve fiscalizar,

* Titular da 2ª PJ Cível de Ipojuca.

segundo a norma questionada) a partir de uma lista tríplice dos nomes mais votados pelos membros do Ministério Público, podendo escolher qualquer um deles, inclusive o menos votado (v. art. 128, § 3º, da CF/88).

Igualmente, são inconstitucionais as normas das leis complementares estaduais que reproduzam o dispositivo questionado, como é o caso do art. 10-VII da LCE 12/94, do Ministério Público de Pernambuco.

Ora, tanto a ação civil pública por obrigação (de dar, fazer ou não fazer), prevista na Lei 7.347/85, como a ação civil por ato de improbidade administrativa (Lei 8.429/92), são ações de natureza civil, movidas perante o 1º grau de jurisdição.

O art. 37, § 4º, da Constituição Federal é expresso, nesse sentido, quando prevê que a responsabilização por atos de improbidade administrativa independe do ajuizamento da ação penal cabível.

Assim, não caberia a um membro do Ministério Público que oficia perante o 2º grau de jurisdição (Procurador-Geral de Justiça) o exercício das funções civis de *ombudsman* e de tutela do patrimônio público, devendo tais atribuições ser exercidas pelo membro ministerial que oficie perante o juízo do local do fato, competente para julgar a ação civil pública ou a ação civil por ato de improbidade administrativa, independentemente de quem seja a autoridade responsável, já que não existe foro privilegiado quando se trata de ação de natureza civil.

Portanto, quando se tratar de fatos que possam ensejar a propositura de ação civil pública ou ação civil por ato de improbidade administrativa, tendo por autoridade reclamada o Governador do Estado, o Presidente da Assembléia Legislativa e/ou o Presidente do Tribunal de Justiça, terá atribuição o Promotor de Justiça que oficie perante o juízo onde os fatos foram praticados (em regra, as Promotorias de Justiça de Defesa do Patrimônio da Capital), competente para julgar a lide (art. 2º da Lei 7.347/85), mas não o PGJ, pois, reiteramos, não há foro privilegiado na seara do processo civil.

A propósito, em notícia divulgada em 06.04.2009, o Ministro Ricardo Lewandowski considerou que o Supremo Tribunal Federal não possui competência para julgar ação de improbidade administrativa contra Ministro de Estado, pois as ações de improbidade não têm natureza criminal, não havendo que se falar em prerrogativa de foro.[1]

O próprio STF, aliás, já havia rechaçado a possibilidade de criação de foro privilegiado em sede de ação civil por ato de improbidade administrativa, ao reconhecer a inconstitucionalidade do § 2º do art. 84 do CPP, acrescentado pela Lei 10.628/2002, nos autos das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 2.797-2 e 2.860-0.[2]

III- CONCLUSÃO

O art. 29, inciso VIII, da Lei 8.625/93, é inconstitucional, pois viola o Princípio do Promotor Natural (art. 5º-LIII e 129, § 4º, da CF/88), ao criar uma espécie de "foro privilegiado" dentro do Ministério Público, determinando que as funções do art. 129, incisos II (*ombudsman)* e III (instauração de inquérito civil ou ajuizamento de ação civil pública para a defesa de interesses difusos e coletivos), da Constituição Federal, serão exercidas pelo Procurador-Geral de Justiça, quando a autoridade reclamada for o Governador do Estado, o Presidente da Assembléia Legislativa ou o Presidente do Tribunal de Justiça, em detrimento do Promotor de Justiça do local dos fatos, que tem atribuição para oficiar perante o juízo onde será proposta a ação civil por obrigação ou a ação civil por ato de improbidade administrativa (art. 2º da Lei 7.347/85).

Igualmente, são inconstitucionais as normas das leis complementares estaduais que reproduzam o dispositivo questionado, como é o caso do art. 10-VII da LCE 12/94, do Ministério Público de Pernambuco.

IV- REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Notícias.** Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/geral>. Acesso em: 06.04.2009.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Improbidade Administrativa.** São Paulo: Dialética, 2007.

[1] BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **notícias,** disponível em: <www.stf.jus.br/portal/geral>, acesso em: 06.04.2009.

[2] Conforme Pedro Roberto Decomain, **Improbidade Administrativa,** São Paulo, Dialética, 2007, p. 261-267.

077

MINISTÉRIO PÚBLICO DEFENSOR DA DEMOCRACIA

Geraldo Margela Correia

Promotor de Justiça do Estado de Pernambuco e Presidente da AMPPE

"Sem o seu trabalho, o homem não tem honra e sem a sua honra se morre, se mata. Não dá pra ser feliz"
(Raimundo Fagner)

Sumário: 1. Introdução; 2. Desenvolvimento; a. A democracia; b. Defesa da democracia; c. A democracia e o Ministério Público; 3. Conclusão; 4. Referência Bibliográfica.

1. Introdução

O equilíbrio social que se almeja para a Sociedade Brasileira, somente se engendra a partir da igualdade dos cidadãos que, não sendo real, deve ser objetivo e utopia a ser perseguida por atores sociais que confiam na democracia como a melhor forma de regime político. A igualdade é pressuposto da democracia incumbindo aos atores, estatais ou não, as tarefas que possam resultar na aproximação de objetivo e realidade.

O Ministério Público é ator excepcional designado pela Constituição de 1988 para atuar nos cenários que se apresentam de avanços e retrocessos, na construção de uma sociedade mais igualitária, propiciadora de construção e permanência da democracia, que exige a participação de todos nas discussões e deliberações dos problemas ocorrentes buscando o bem comum.

2. Desenvolvimento

a. A democracia

Ainda que tenhamos dificuldade em encontrar uma definição unívoca da palavra democracia, todos nós temos certeza de que seu significado está subordinado a determinados critérios, sem os quais seria impossível sua existência em determinada sociedade.

Na lição de Robert A. Dahl em livro intitulado *SOBRE A DEMOCRACIA* (Ed. Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2001 e 2009- reimpressão), tais critérios seriam: *participação efetiva, igualdade de voto, entendimento esclarecido, controle do programa de planejamento* e *inclusão dos adultos*(pág.49 e segs.).

Sendo intuitiva a significação de cada um dos critérios, não nos dispensamos, entretanto, de rápida digressão sobre eles: participação efetiva vem a ser um direito e um dever, sendo a capacidade de fazer valer sua vontade no contexto da sociedade em conjunto aos concidadãos, influenciando nos resultados da governança quando da efetivação de qualquer política; igualdade de voto se dá no momento em que "todos são iguais perante a lei" não havendo voto com mais ou menos peso para a tomada de decisões políticas; entendimento esclarecido implica em que todos tenham um grau de conhecimento suficiente para o entendimento das propostas e demandas políticas da sociedade, dando ao cidadão igualdade de condições de participar do debate proposto; falar em controle do programa de planejamento tem a ver com a existência do próprio planejamento do qual participem os cidadãos e de instrumentos de controle dominados e utilizados com eficácia por eles; por fim, a inclusão dos adultos sinaliza não apenas o direito de voto por homens e mulheres adultos, mas de presença efetiva em todos os momentos da vida da sociedade política, usufruindo dos bens produzidos por todos com equilíbrio e com o mínimo de disfunções.

Além dos critérios, há também condições para a existência e permanência da democracia.

O autor de SOBRE A DEMOCRACIA já mencionado, também explicita o elenco das condições que ele chama de subjacentes e essenciais, quais sejam: "*controle dos militares e da Polícia por funcionários eleitos; cultura política e convicções democráticas; nenhum controle estrangeiro hostil à democracia*". Ademais há "*condições favoráveis à democracia*", mesmo não sendo essenciais: "*uma sociedade e uma economia de mercado modernas e fraco pluralismo subcultural*", este traduzido por ausência ou fraqueza de conflitos culturais. (idem, pág.163 e segs.).

Funcionários eleitos, civis ou militares, controlam os militares e as polícias. O contrário, quando ocorre, é a exata situação de falta de democracia. È a ditadura militar instalada, mesmo que o governo seja entregue a um civil o qual no exercício do poder estará sob seu controle. Nas democracias republicanas os militares têm como chefe o Presidente da República ou os governadores dos estados membros, quando se tratar de república federativa.

A existência de cultura política significa que os integrantes da sociedade conhecem ou podem conhecer a realidade na qual se encontram e exercitam com freqüência ações democráticas e estão convencidos de que esta é a melhor forma de convivência. Isto implica, a nosso sentir, a existência de partidos políticos estruturados em torno de idéias e programas e que buscam consolidar a democracia pela prática da política em benefício da coletividade.

A inexistência de controle estrangeiro hostil à democracia é condição mais que essencial para a existência dela em uma sociedade. Aliás, indo mais adiante e aprofundando o debate, qualquer controle estrangeiro, hostil ou não à democracia, é danoso ao estabelecimento dela e à sua continuidade. Como falar em sociedade democrática sujeita ao controle de outra sociedade?

As condições favoráveis, ou desejáveis, são importantes para o estabelecimento e a permanência da democracia. Enquanto a ausência das condições essenciais, qualquer delas, fulmina a democracia, a ausência das condições favoráveis torna frágil a democracia, pois a existência de uma sociedade e de uma economia de mercado modernas e a ausência de conflitos exacerbados abrem a possibilidade de iniciativas afirmativas do exercício dos direitos e prerrogativas dos cidadãos, sem que ocorram disputas acirradas que inviabilizem a convivência dos diferentes,permitindo o aperfeiçoamento da democracia na sociedade que se considere.

b. Defesa da democracia

A obediência aos critérios e às condições é que determina o caráter democrático de uma sociedade. A democracia, entretanto, deve contar com instrumentos de sua proteção e, nada obstante, como se tem em exemplos históricos de tempos próximos, as democracias nem sempre resistem a populismos e autoritarismos antidemocráticos, utilizadores de seus próprios mecanismos, instrumentos e brechas legais, transformando-se em ditaduras inimagináveis.

A garantia da permanência das sociedades democráticas tem sido a existência de instituições solidamente estruturadas e que cumprem os papéis previstos em documentos constitutivos, executando o acordo básico criador da entidade estatal, a sociedade politicamente organizada.

A defesa da democracia também se dá pelo desenvolvimento de relativa igualdade econômica e social, acesso de todos aos sistemas de educação, de saúde e de segurança, minimizando os conflitos e dando ao cidadão a perfeita noção de sua pertinência ao organismo social pelo qual também se sente responsável, não sendo tolhido em sua liberdade de participar da discussão e das escolhas dos programas e projetos em permanente devir.

A Constituição Federal de 1988 estruturou o Estado Brasileiro utilizando os princípios da divisão dos poderes e de sua independência recíproca, criando, em avanço auspicioso, as chamadas funções essenciais que, não sendo poderes no sentido clássico previsto por Montesquieu, têm excepcional importância no estabelecimento e proteção da democracia em face de suas atribuições constitucionais e legais.

Dentre elas avulta o Ministério Público, com estruturas e atribuições descritas nos artigos de 127 a 130, onde se menciona expressamente a atribuição de defesa da democracia.

c. A Democracia e o Ministério Público

A Constituição Federal de 1988, cujos 20 anos foram recentemente celebrados e sobre a qual sempre pairam ameaças e criação de emendas, sendo a última a que de uma só vez deseja espancar dela todos os direitos sociais e interesses coletivos e difusos (refiro-me à PEC 341/09 do Dep. Régis de Oliveira que pretende transformar uma constituição de 250 artigos em outra de 70 artigos, sob o pretexto de não deixar na Constituição senão o regramento da estrutura dos três poderes e dos direitos e garantias individuais) trata do Ministério Público em seus artigos de 127 a 130, descrevendo-o como "instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, *do regime democrático* e dos interesses sociais e individuais indisponíveis" (caput do art.127, destaque nosso), sendo suas atribuições previstas no art. 129.

Todas as atividades fim (mas também as atividades meio pois que favorecem o exercício das primeiras) do Ministério Público, vale dizer, de seus membros, têm como objetivo culminante a defesa da democracia. Qualquer de suas atribuições quando levadas a cabo, mesmo que o operador ministerial não tenha consciência disso, tende a proteger a democracia.

A exigência que surge daí é que o membro da Instituição Ministerial se obriga a qualificar-se de forma permanente em sua área de atribuição e também nas questões mais gerais como filosóficas, teológicas, sociológicas, antropológicas e, até mesmo folclóricas, para compreender o espírito de seu povo e poder agir com qualidade nas suas intervenções, assumindo também um papel de educador do povo para as necessidades da democracia.

Ao atuar na defesa dos interesses difusos e coletivos é essencial que o promotor de justiça busque a participação da sociedade nas discussões e na tomada de posição quanto à implementação da variada legislação. Isto significa, ao fim, a qualificação da sociedade para participar do jogo democrático.

Ao exigir do Poder Executivo a implantação dos diversos Conselhos de Defesa de direitos, propicia-se a participação dos atores sociais, como as Organizações Não Governamentais, as Associações ou o próprio cidadão, individualmente, é a democracia e a república representativa e participativa que se organizam, com o povo decidindo coletivamente sobre os destinos das políticas públicas municipais, estaduais e federais.

O mandamento direto de *defesa do regime democrático* tem momentos distintos de atuação do Ministério Público, como quando age para garantir a lisura do processo eleitoral, pugnando pela igualdade de condições dos candidatos, procurando afastar favorecimentos ilegais ou ilegítimos, como o uso da *máquina pública* da parte dos candidatos à reeleição e outros seus aliados ou quando enfrenta o abuso do poder econômico para distorcer a vontade do eleitor cidadão. Também atua após o período eleitoral, quando exerce o controle dos atos dos maus gestores, buscando expurgá-los da vida pública, em razão de atos com ela incompatíveis.

Os instrumentos legais postos à disposição dos integrantes do Ministério Público, como de resto da própria sociedade, dão a impressão, à primeira vista, que a Constituição e as leis brasileiras deram ao Ministério Público poderes exorbitantes, agigantando-o no cenário nacional. Na verdade, o que faz o Ministério Público agigantar-se é o uso contínuo e pertinaz de tais instrumentos, na busca do cumprimento de seu dever institucional.

O PODER do Ministério Público não é outro senão o de PEDIR: ao cidadão,ao Estado e às empresas que se mantenham ou voltem à prática da legalidade ou ao Estado Juiz(Poder) que determine ao cidadão, às empresas e ao próprio Estado que tornem eficaz a Constituição e as leis forçadamente, já que não aderiram a elas espontaneamente ou nos casos em que o Ministério Público recomenda e toma compromisso.

Este é o destino constitucional do Ministério Público: tornar eficaz a prática da democracia pela qual, aqueles que no sistema representativo deveriam cumprir a vontade da sociedade executando os comandos legais e constitucionais ou buscando acender as luzes da ilustração democrática no meio social e co-construir a cidadania para o aperfeiçoamento sempre necessário da prática democrática que jamais deveria ser excludente.

3. Conclusão

Das reflexões expostas conclui-se que o Ministério Público é, a um só tempo, participante e construtor da democracia brasileira. Participante na medida em que cumpre seu destino constitucional como guardião da própria Constituição e da lei. Construtor, sempre em cooperação com os demais atores sociais, quando age vigilante em favor dos interesses coletivos e difusos em busca do equilíbrio social necessário ao exercício pleno da democracia,utilizando com denodo e sem esmorecimentos os instrumentos legais a seu dispor.

4. Referência Bibliográfica

Dahl. Robert A. *Sobre a Democracia*. Brasília.Editora UNB,2001-2009(reimpressão).

079

DÉCADA DAS AMÉRICAS PELOS DIREITOS E PELA DIGNIDADE DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: O QUE O MINISTÉRIO PÚBLICO TEM A VER COM ISTO?

Judith Pinheiro Silveira Borba

Promotora de Justiça do Estado de Pernambuco

INTRODUÇÃO

Para o Decreto nº3298/99, deficiência é toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal e se subdivide em:

– Física: alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física. Apresenta-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções;

– Visual: acuidade visual igual ou menor que 20/200 no melhor olho, após a melhor correção, ou campo visual inferior a 20º (tabela de Snellen), ou ocorrência simultânea de ambas as situações;

– Mental: 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 da comunidade, saúde e segurança, habilidades acadêmicas, lazer e trabalho;

– Auditiva: perda parcial ou total das possibilidades auditivas sonoras, variando de graus e níveis na forma seguinte: a) de 25 a 40 decibéis (surdez leve); b) de 41 a 55 decibéis (surdez moderada);c) de 56 a 70 decibéis (surdez acentuada); d) de 71 a 90 decibéis (surdez severa); e) acima de 91 decibéis (surdez profunda); f) anacusia.

– Múltipla: associação de duas ou mais deficiências.

Este conceito está sendo revisto com a nova Convenção sobre Direitos da Pessoa com Deficiência da ONU (ratificada pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto - legislativo nº 186/2008). Assim, ela conceitua pessoas com deficiência como aquelas que têm impedimentos de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas.

Deve ser lembrado que, de acordo com a Organização das Nações Unidas, 10% da população mundial possui algum tipo de deficiência (correspondendo a 650 milhões de pessoas), sendo que 90 milhões vivem nas Américas e deste percentual 82% vivem abaixo da linha de pobreza.

Desta forma, no Brasil, baseado no censo demográfico de 2000, havia, já naquela época, 14,48% de pessoas com algum tipo de deficiência, dos quais:

Deficiência	Deficientes em milhões	Em %
Visual	16,5	48,1
Motora	7,8	22,9
Auditiva	5,7	16,7
Mental	2,8	8,3
Física	1,4	4,1
Total*	34,2	100

* a soma 34,2 milhões ultrapassa os 24,5 milhões de deficientes, porque muitos tem mais de um problema e foram contados mais de uma vez.

Censo 2000, citado no Almanaque Abril Brasil 2003.

Assim, desde 1999 a Convenção Interamericana para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as pessoas com deficiência estabelece garantias para tal segmento, não constituindo discriminação a distinção ou preferência adotada por um Estado a fim de promover a integração social ou o desenvolvimento pessoal das pessoas com deficiência.

Já a Organização das Nações Unidas, somente em 13 de dezembro de 2006, aprovou a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência para a proteção jurídica destas pessoas.

Em face de vinte países, terem ratificado inclusive o seu protocolo facultativo, este documento entrou em vigor em 3 de maio de 2008, sendo um instrumento facilitador para o exercício dos direitos universais, em especial à igualdade com as demais pessoas.

Assim tem como objetivo promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por parte de todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade.

Nesta linha, a Convenção da ONU, por perceber as pessoas com deficiência como um segmento social marginalizado, cujos direitos muitas vezes são ignorados ou violados em todo o mundo, assegura base jurídica para que o conjunto de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais sejam observados.

Desta forma, para que as deliberações dessas convenções internacionais fossem executadas nas Américas, a Organização dos Estados Americanos criou a Década das Américas pelos Direitos e pela dignidade das Pessoas com Deficiência. Tal ação iniciou em 2006 e irá até 2016 para dar visibilidade ao tema, fortalecendo a vontade política, atraindo recursos técnicos e econômicos para a cooperação internacional e proporcionando ações concretas em cada país-membro.

Nesta linha, aprovou tal entidade internacional o Programa de Ação para a Década das Américas pelos Direitos e pela dignidade das Pessoas com Deficiência (AG/RES. 2339 XXXVII-0/07), com a missão de que os países que a compõem adotem gradualmente, porém em tempo razoável, as medidas administrativas, legislativas e judiciais, a fim de colocar as pessoas com deficiência em igualdade de condições com os demais,

A Década das Américas: pelos Direitos e pela Dignidade das Pessoas com Deficiência, durante o período de 2006-2016, tem como lema: " IGUALDADE, DIGNIDADE E PARTICIPAÇÃO", com os objetivos de alcançar o reconhecimento e o pleno exercício dos direitos e da dignidade das pessoas com deficiência, e seu direito de participar plenamente da vida econômica, social, cultural, política e no desenvolvimento de suas sociedades, sem discriminação e em situação de igualdade com os demais cidadãos e cidadãs.

Ou seja, deverá ser dada visibilidade à realidade na qual vivem essas pessoas com deficiência, para reforçar a vontade e a força política dos governos, mediante ações políticas a favor de uma melhora da qualidade de vida das pessoas com deficiência.

Há a necessidade de, durante esse período, programas, planos e ações sejam empreendidos para alcançar a inclusão e a participação plena em todos os aspectos da sociedade pelas pessoas com deficiência e prevenção para surgimento de pessoas com novas deficiências.

Deve ser lembrado, conforme tabela abaixo, que a Legislação existente já embasa a atuação dos profissionais do direito:

	ONU de 13 de dezembro de 2006	OEA- Res. AG/Res 1369 XXVI/96	Constituição Federal/88	Lei Federal	Decreto	Constituição Estadual	Lei Estadual	Decreto Estadual
Ir e vir		Art. III, 1. b e c.	Art.227, §1, II e §2; Art. 244.	Nº 7.853/89, art. 2º, V e art. 3º; Nº 10.048/00; Nº 10.098/00; Nº 8.999/94; Nº 7.405/85; Nº 8.160/91; Nº 11.126/05.	Nº 3.691/00; Nº 5.296/04; Nº 5.904/06; Nº 3956 Art. III, 1. b e c.	Art.175, IV e Art.227, II e III.	Nº 12.903/05; Nº 12.745/04; Nº 12.788/05; Nº 13.043/05; Nº 13.608/08, 3.3, B2, vi; Nº 11.897/00.	Dec. 21.670/99, 10- Portadores de Deficiência, item- 10.
Igualdade	Res. nº 2.896; Res. nº 3.447/75; Res. nº 45.	Conv. Art. II, 1- a; Art III, 2-c; Art. IV, 1, 2-b; Art. V, 2.	Art. 24, XIV; Art. 223, §1, II; Art. 5, XLI.	Nº 7.853/1989, art. 1º, §§1º e 2º;	Dec. nº 3.956 Art. III, 1- a; Dec. nº 3.956 Art III, 2-c; Dec. nº 3.3956, Art. IV, 1, 2-b; Dec. nº 3.956, Art. V, 2;	Art. 197; Art.226.		Dec. 21.670/99, 10- Portadores de Deficiência, itens- 3, 8 e 11;
Trabalho	Recomendação nº99, de 1955; Recomendação nº 168, de 1983.		Art. 7º, XXXI; Art. 37, VIII.	Nº. 7.853/89, art. 2º, PU, III, b, d;	Dec. nº 3.298/99, arts. 30 a 45; Dec. nº 129/91.		Nº 12.757/05, Art. 2º; Nº 10.553/91; Nº 13.608/08, 3.3, B5, iv.	Dec. 21.670/99, 10- Portadores de Deficiência, itens- 4, 5 e 13.
Saúde		Conv. Art. III, 2-a e b; Art. IV, 2.a.	Art. 23, II; Art. 203, I V e V.	Nº 7.853/89, art. 2º, PU, II;	Dec. nº 3.298,/99, arts. 16 a 23; Dec. nº 3.956 Art. III, 2-a e b; Art. IV, 2.a;		Nº 10.778/92; Nº 13.714/09.	
Educação			Art. 208, III.	Nº 10.098, art. 18; Nº 7.853/89, PU, I. Nº 10.0436/02.	Dec. nº 3.298/99, arts. 24 a 27 e seus parágrafos; Dec. nº 10.436/05;		Nº 10.552/91; Nº 13.608/08, 3.3, B5, vii.	Dec. 21.670/99, 10- Portadores de Deficiência, item- 12.
Habitação						Art.230.		

(Tabela realizada pela estagiária de Direito do MPPE Sylvia Araújo)

O MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O Ministério Público, como estabelece a Constituição Federal (art. 127) é a "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" (BRASIL, 1988).

Cabe à instituição zelar pela implementação dos direitos fundamentais e das políticas públicas em defesa das pessoas com deficiência, mesmo com base em uma legislação espaça e contraditória de outros segmentos, como o das pessoas idosas, que sofrem transtorno mental, os interditos/curatelados, entre outras.

Ou seja, como esclarece Beltrão, apud, José Afonso da Silva, os direitos fundamentais "são aquelas prerrogativas e instituições que o Direito Positivo concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas".

Assim, na lição de Reis, citando Paulo Bonavides, os direitos fundamentais são os direitos humanos que o Direito vigente qualifica como tal, tendo como finalidade criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana.

Neste sentido, os Direitos Fundamentais visam garantir ao ser humano, entre outros, o respeito ao seu direito à vida, à liberdade, à igualdade e à dignidade, bem como ao pleno desenvolvimento da sua personalidade e estão positivados na legislação, reafirmando-se, cada vez mais, como seus princípios básicos: universalidade, indivisibilidade, inter-relação e independência.

Atualmente acrescenta-se, ainda, a possibilidade de se limitar o princípio da soberania nacional, pois a pessoa humana é sujeito central, merecedor de preocupação internacional para a proteção dos seus direitos mais fundamentais e as diferentes concepções comunitárias para uma vida digna.

Quanto aos direitos sociais, a Constituição Federal de 1988 cuidou de discriminá-los, no artigo 6º da Constituição Federal, considerando inerentes à condição humana a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.

Desta forma, o Estado é para ser suficientemente capaz de assegurar a plenitude desses Direitos para todos, principalmente para os grupos mais vulneráveis, levando em consideração a cultura de cada povo em busca de seus ideais de liberdade e de justiça dentro da sociedade em que estão inseridos, sendo inquestionável que embora existam valorações distintas, sempre vai haver um ponto mínimo para alicerçar a condição de vida de cada povo.

Neste sentido, hoje, no Ocidente, os direitos humanos fundamentais são essenciais a qualquer Constituição, tendo como propósito assegurar a promoção de condições dignas de vida humana e de seu desenvolvimento, assim como para garantir a defesa dos seres humanos contra abusos de poder econômico cometidos pelos órgãos do Estado, para garantir que todo homem esteja sujeito apenas às limitações legais, assegurando o reconhecimento e respeito dos direitos e garantias recíprocos para satisfazer as restrições morais, da ordem pública e bem estar social.

A concepção de que os direitos e garantias fundamentais são dotados de uma especial força expansiva, projetando-se no universo constitucional, serve como parâmetro interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico.

Acrescente-se ainda que a Carta de 1988 instituiu o princípio da aplicabilidade imediata dessas normas de todos os dispositivos constitucionais referentes a direitos, às liberdades e às garantias de cunho fundamental, cabendo ao Poder Público conferir-lhes eficácia máxima e imediata (art. 5º, § 1º), assegurando, assim, força vinculante a esses direitos, tornando-os prerrogativas diretamente aplicáveis pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, cabe ao Ministério Público, mesmo com a legislação vigente espaça e muitas vezes contraditória, atuar proativamente, sendo um dos agentes garantidores dos direitos fundamentais da pessoa com deficiência e facilitadora da mobilização social, para exigir do Poder Público a implementação de políticas públicas em prol da pessoa com deficiência.

Assim, como sugestões para o Ministério Público melhor atuar, cabe:

– criar internamente serviço especializado para apoiar e articular uma atuação pró-ativa;

– divulgar os direitos da pessoa com deficiência;

– implementar ações para a melhor estruturação da rede de serviços, articulando internamente e, externamente, com os conselhos de direitos e a sociedade civil organizada, inclusive para a criação de canais de denúncia que efetivamente funcionem.

BIBLIOGRAFIA

– Almanaque Abril Brasil 2003, 29ª edição, restrospectiva 2002 pagina 157;

– Barros, Rebeca. Cartilha: "*A inclusão sob o olhar da multiplicidade do Ministério Público de Pernambuco*". 2008. CAOP-Cidadania. 2008.

– Beltrão; Irapuã Gonçalves de Lima, "*Conceitos iniciais sobre os direitos e garantias fundamentais na Constituição*",www.vemconcursos.com/opiniao/index.phtml?page_ordem=assunto&page_id=1936, em 06/04/2007.

– Informe do Brasil na "*Convenção Interamericana para a eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas com deficiência*" http://www.oas.org/DIL/ESP/CEDDIS_doc_24-07_brasil_esp.doc, em 06 de julho de 2009;

– Lima, Nilzarete Margarida de. "*Legislação Federal Básica na área da Pessoa Portadora de Deficiência*", Coordenadoria Nacional de integração da Pessoa Portadora de Deficiência. Brasília. 2007;

– REIS, Carlos Bernardo Alves Aarão. "*Notas acerca da Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais como Limite à Discricionariedade Administrativa*". http://www.congressovirtualmprj.org.br/site/uploads/EfetivD.Sociais.doc. 06/04/2007.

083

CONTROLE JUDICIAL ORÇAMENTÁRIO EM FAVOR DO FIA: CONSTRUINDO MECANISMOS DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Pedro Ivo de Sousa

Promotor de Justiça/ES

1. SÍNTESE DOGMÁTICA

1) O FIA é uma diretriz política de atendimento à criança e ao adolescente, tratando-se de um fundo especial que tem como objetivo atender as crianças e os adolescentes que estejam em "situação de risco", podendo ser utilizado no atendimento individual, coletivo ou difuso.

2) Mais do que se debater sobre a possibilidade ou não da efetivação deste controle judicial, discute-se, ultimamente, as condições e os limites do exercício desta atividade judicial, de forma a legitimar a atividade judicial, que não pode errar nem pela omissão e nem pelo excesso.

3) A "reserva do possível" será sempre um limite externo que deverá ser ultrapassado através de uma análise razoável e proporcional, devidamente fundamentada, que privilegie a concretização dos direitos fundamentais, mas não desconsidere as limitações fáticas de escassez de recursos públicos, sendo certo que cabe ao Estado o ônus da prova da limitação orçamentária

4) Em relação ao FIA, percebe-se que, como trata do fomento de direitos fundamentais em sua dimensão de *mínimo existencial*, a teoria da "reserva do possível", conforme os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, não pode ser aplicada como forma de impedir o seu adequado funcionamento.

5) No controle judicial do orçamento público, e consequentemente de políticas públicas, o grau de intervenção judicial sobre as demais funções estatais será proporcional à urgência da medida pleiteada, devendo o Judiciário agir eficazmente na tutela do direito fundamental violado, sempre dando primazia para a execução direta do objeto pelos demais entes públicos, realizando uma intervenção que deve ocorrer de forma gradativa, dando oportunidade para o adimplemento direto pelos próprios entes públicos.

2. REFLEXÕES INTRODUTÓRIAS

A entrada em vigor no ano de 1990 da Lei 8.069, também conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente, foi um marco sem precedentes na história do sistema constitucional brasileiro, o que pode ser afirmado e constatado sob diversos enfoques.

Como se sabe, a alteração implementada por esse Estatuto para a tutela das crianças e adolescentes, introduzida pela adoção da *doutrina da proteção integral*[1], proporcionou novos vôos jurídico-interpretativos, no sentido de se efetivar os direitos fundamentais elencados na Constituição em favor destes destinatários sociais, que passaram a ser discernidos como sujeitos de direitos.

Vários foram os mecanismos criados em favor desta visão política, pois, de fato, conforme a experiência histórico-constitucional brasileira, pouco se poderia avançar somente com a criação enumerada de direitos dissociada da invenção de instrumentos capazes de garanti-los na prática.

[1] Segundo Andréa Rodrigues Amin, a doutrina da proteção integral é fundada em três pilares: "1°) reconhecimento da peculiar condição da criança e jovem como pessoa em desenvolvimento, titular de proteção especial; 2°) crianças e jovens têm direitos à convivência familiar; 3°) as Nações subscritoras obrigam-se a assegurar os direitos insculpidos na Convenção com absoluta prioridade. (AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da Proteção Integral. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (org.). *Curso de direito da criança e do adolescente*: aspectos teóricos e práticos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 14)

Um dos mais importantes meios de efetivação dos direitos elencados nesse Estatuto, preconizados também na Constituição Brasileira, é o Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente, que são costumeiramente chamados de FIA (Fundo da Infância e da Adolescência).

Teoricamente, através desses fundos, os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes que se encontram em situação de risco social são concretizados de uma forma mais democrática, célere e específica.

Entretanto, mesmo tendo a Lei 8.069/90 garantido a criação destes fundos em todas as unidades da federação brasileira, sendo esta ainda uma luta atual, muito se tem discutido sobre a forma de financiamento público destes fundos, uma vez que em várias unidades federativas a criação destes fundos é dissociada de uma fonte pública de seu custeio, contrariando as expectativas da doutrina da proteção integral das crianças e dos adolescentes.

Neste sentido, buscará se delinear, a partir de um método dedutivo, as possibilidades jurídicas de intervenção do poder Judiciário no orçamento público em prol do FIA, de forma a se permitir avançar juridicamente no âmbito da efetivação dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes.

Pelo pouco já exposto, é possível verificar que a pesquisa a ser desenvolvida adiante é estimulante e essencial para o fortalecimento e sobrevivência da própria sociedade atual, organizada num sistema que respeita tanto os direitos fundamentais como também a forma democrática deliberativa das decisões sociais, sendo este, portanto, um convite ao leitor para uma reflexão sobre os escritos a seguir.

3. O SISTEMA NORMATIVO DO FIA

Na arquitetura do sistema constitucional brasileiro, é possível identificar o artigo 227 da CRFB/88 como o mais importante artigo em matéria de direitos da criança e do adolescente. Nele está assegurado que "é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão".

Inicialmente, é importante verificar que, ainda que os atores sociais estejam enumerados sequencialmente, não existe qualquer relação de prioridade, de preferência ou de subsidiariedade na responsabilidade de todos eles (família, sociedade e Estado) em salvaguardarem os direitos das crianças e dos adolescentes, sendo cabível, e por vezes até mesmo necessária, a atuação simultânea de cada um deles na proteção integral das crianças e dos adolescentes, motivo pelo qual se torna imperioso investigar a participação do Estado no fomento do FIA.

Assim, ao se analisar o texto constitucional, a única referência existente ao assunto "fundos", tratado de forma genérica, encontra-se expressa no artigo 165, §5º, I, quando afirma que a lei orçamentária anual compreenderá, dentre outros, o orçamento fiscal referente aos Poderes da União e seus respectivos *fundos*. É possível ainda constatar que a Lei 4.320/64 também possui previsão genérica para o tema dos "fundos" em seus artigos 71 a 74. Sabe-se, por outro lado, que as menções específicas para o FIA estão contidas no Estatuto, onde em seus artigos 88, inciso IV, 154, 214 e 260 existe referências expressas à sua criação, gestão e fomento.

Geralmente, as leis específicas de cada unidade da Federação criam os fundos de direitos da criança e do adolescente respectivos, regulamentando detalhadamente a sua forma de gestão e o seu fomento, uma vez que as menções contidas no Estatuto são muito gerais e pouco organizadas.

É a análise detalhada destes documentos legislativos que permitirá a construção de um discurso jurídico capaz de possibilitar um controle judicial legítimo do orçamento público em favor do FIA, pois, muitas vezes, há previsão expressa da contribuição do ente federativo ao FIA, o que facilitará o referido controle. Mas isto é tema dos próximos tópicos.

O que importa neste momento é entender que, conforme afirma o art. 71 da Lei 4.320/64, os fundos especiais são parcelas vinculadas de recursos financeiros recebidos pelo Poder Público, que são destacados para a consecução de determinados objetivos, segundo princípios e regras próprios. Representam uma exceção ao princípio geral do Direito Financeiro da unidade da tesouraria, estabelecido no art. 56 da Lei 4.320/64.

Pode-se, então, dizer que no FIA estão contidos recursos a serem utilizados no fomento das políticas voltadas para o atendimento dos direitos de crianças e de adolescentes, distribuídos conforme deliberação dos conselhos de direitos de cada ente federativo (União, Estados e Municípios).

Trata-se de uma diretriz política de atendimento à criança e ao adolescente, conforme o art. 88, inciso IV, da Lei 8.069/90, que visa facilitar o aproveitamento de recursos alocados em atenção às necessidades das crianças e adolescentes em situação de risco social.

Neste sentido é que Patrícia Tavares afirma que:

> "Os Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente nada mais são do que fundos especiais destinados à reserva de recursos financeiros – e, conseqüentemente, à facilitação da captação e da aplicação destes recursos – para a execução de programas e projetos voltados ao segmento infanto-juvenil". (TAVARES, Patrícia. Os conselhos dos direitos da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (org.). *Curso de direito da criança e do adolescente*: aspectos teóricos e práticos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 383)

Assim, importante é entender a dimensão exata em que funciona o FIA, sendo ele também um meio extraordinário de participação social, uma vez que é gerido pelo Conselho de Direitos, instrumento de participação social ativa na identificação dos problemas sociais e na produção das soluções aos mesmos, deixando de exercer somente um papel de destinatários das políticas públicas. É esta participação social que confere legitimidade às ações sociais desenvolvidas através dos Conselhos de Direitos de todo o Brasil, sendo estes conselhos órgãos deliberativos de políticas públicas afetas à proteção integral das crianças e adolescentes de cada unidade federativa deste país.

A realização de algumas das políticas públicas deliberadas pelos Conselhos de Direitos depende dos recursos alocados no FIA, pois, conforme visto acima, a sua destinação é específica para as políticas públicas que envolvam direitos de crianças e adolescentes. Tem-se, então, que as políticas públicas voltadas para a proteção de crianças e adolescentes devem ser executadas também com os recursos do FIA.

Afirma-se que também serão executadas com os recursos do FIA as políticas públicas de proteção de crianças e adolescentes em razão de não haver impedimento legal ou constitucional, sendo até mesmo uma necessidade, de utilização de outras verbas públicas para o custeamento destas políticas.

Os motivos da criação específica do FIA são claros, pois se referem à especialidade das políticas públicas, à fomentação da participação social e à celeridade na execução das políticas públicas.

Em relação à *especialidade*, desenvolveu-se o pensamento de que as políticas públicas relacionadas à tutela das crianças e adolescentes em situação de risco social merecem atenção especial, que se inicia com a alocação de recursos específicos, que não podem ter outra destinação.

Outrossim, para que as políticas públicas pudessem obter o máximo de efetividade em sua aplicação, em consonância com o paradigma do Estado democrático de direito, defendeu-se a *fomentação da participação social*, que adquire um *plus* democrático nesta situação, pois no caso do FIA, além de ser autora e destinatária das políticas a serem realizadas, a sociedade ainda pode fazer doações incentivadas ou não, sendo permitido destinar diretamente recursos financeiros ao FIA no limite de 6% (seis por cento) do valor do imposto calculado para pessoas físicas e de 1% (um por cento) do imposto de renda devido pelas pessoas jurídicas que fazem declaração pelo lucro real, através do que a doutrina comumente chama de renúncia fiscal.

Ainda é possível identificar que permeia sob a gestão do fundo o espírito da *celeridade*, corolário do princípio constitucional-administrativista da eficiência, elencado no art. 37 da CRFB/88. Assim, a utilização dos recursos existentes no FIA se faz de uma forma mais rápida. Não que sejam dispensados os procedimentos legais existentes de licitação, mais o seu custeio e gerenciamento, em tese, permitem uma maior agilidade na execução das políticas públicas, uma vez que não sofrem integralmente as intervenções do processo legislativo, sendo reservado aos conselhos de direitos, em parceria com representantes das unidades federativas, a sua gestão.

Ponto também fundamental na análise do FIA se refere à natureza das políticas públicas a serem desenvolvidas em prol das crianças e dos adolescentes, sendo certo que é necessário estabelecer algum critério característico de sua existência, que não deve se confundir com as demais dotações orçamentárias públicas.

Assim é que a doutrina mais autorizada tem restringido a utilização dos seus recursos às políticas públicas que envolvam a proteção de crianças e adolescentes em "situação de risco", seja ele individual, social, familiar ou estatal.

Extrai-se do art. 98 da Lei 8.069/90 que:

> "**Art. 98.** As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados: I – por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; II – por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; III – em razão de sua conduta."

A partir da teoria da "situação de risco", é possível afirmar, de outra forma, que o os recursos contidos no FIA não devem ser utilizados para o fomento de políticas públicas que tratem de direitos de crianças e adolescentes que não estejam em "situação de risco", formuladas de uma maneira mais ampla, abrangente a todas as crianças e adolescentes do ente federativo.

Ainda que exposto desta outra forma, é preciso buscar um sentido mais real e próximo do termo "situação de risco" para a utilização dos recursos contidos no FIA. Assim é que o Conselho Nacional de Direitos da Criança e Adolescente nesta temática tem procurado editar uma nova resolução sobre criação e funcionamento dos fundos nacional, estaduais, distrital e municipais dos direitos da criança e do adolescente, dispondo da seguinte forma[2]:

> "**Art. 18.** A aplicação dos recursos do fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente, deliberada pelo Conselho de Direitos, deverá ser destinada:
> **I** – para o incentivo ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança e de adolescente, órfão ou abandonado, na forma do disposto no art. 227, § 3º, VI, da Constituição Federal e do art. 260, § 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente;

[2] Disponível em: www.presidencia.gov.br/estrutura_presidencia/sedh/conselho/conanda/fundos. Acesso em: 07 set. 2009.

II – para o desenvolvimento de programas e serviços de medidas de proteção previstas no artigo 90 da Lei 8.069/90;
III – para programas voltados à implementação das medidas socioeducativas, estabelecidas no art. 112 da Lei nº 8.069/90;
IV – para apoio aos programas e projetos de pesquisa, de estudos e de capacitação de recursos humanos necessários à execução das ações de promoção, defesa e atendimento à criança e ao adolescente;
V – para o apoio ao desenvolvimento de programas e projetos de comunicação, divulgação das ações de defesa dos direitos da criança e do adolescente;
VI – para o apoio ao desenvolvimento e à implementação de sistemas de controle e avaliação de políticas públicas, programas governamentais e não-governamentais, voltados para a criança e o adolescente.
(...)
Art. 19. Os recursos do Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente **não devem ser utilizados** para:
I – pagamento, manutenção e funcionamento do Conselho Tutelar (ECA, art. 134, § único);
II – manutenção e funcionamento dos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente;
III – políticas públicas que já disponham de fundos específicos;
IV – transferência de recursos sem a deliberação do respectivo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente, como parte da política pública específica.
(Grifamos)"

Outrossim, é proveitoso esclarecer que os recursos do FIA podem ser empregados no atendimento das crianças e adolescentes numa dimensão individual como num âmbito coletivo. Exemplificando, a utilização dos recursos do FIA pode ocorrer tanto numa situação de violência individual a uma criança específica, como no caso de uma situação de ocorrência de uma violência coletiva a várias crianças e adolescentes, quando inclusive se poderá criar uma política pública específica para o seu atendimento preventivo.

Conclue-se, então, que o FIA é uma diretriz política de atendimento à criança e ao adolescente, tratando-se de um fundo especial que tem como objetivo atender as crianças e os adolescentes que estejam em "situação de risco", podendo ser utilizado no atendimento individual, coletivo ou difuso.

4. LEGITIMIDADE DO CONTROLE JUDICIAL ORÇAMENTÁRIO EM FAVOR DO FIA

Atualmente, parece não ser mais um campo desconhecido o do controle judicial de políticas públicas, visto que diversas decisões judiciais, inclusive das cortes judiciais superiores do Brasil, têm sido proferidas neste sentido.

Nunca é demais ressaltar a importância do julgamento pelo STF da ADPF 45, em 2004, quando o relator Min. Celso de Mello, mesmo com prejuízo no julgamento final da ação constitucional, declarou expressamente a possibilidade da realização do controle judicial das políticas públicas, especialmente, no caso, do controle preventivo da Lei de Diretrizes Orçamentárias de âmbito federal. Também em inúmeros julgados, o STJ tem determinado que os entes federativos cumpram com os deveres constitucionais que lhe foram confiados, de forma a concretizar diversos direitos fundamentais em favor do povo brasileiro[3].

Assim, mais do que se debater sobre a possibilidade ou não da efetivação deste controle judicial, discute-se, ultimamente, as condições e os limites do exercício desta atividade judicial, de forma a legitimar a atividade judicial, que não pode errar nem pela omissão e nem pelo excesso.

E dentro desta análise, convém refletir sobre a possibilidade de exercício de controle judicial do orçamento público, de forma a identificar também as suas condições e limites, pois, por certo, como se sabe, trata-se de uma função atípica do Judiciário, que precisa equalizar suas atividades com o sistema constitucional vigente, sob pena de se buscar legitimar um super-poder, capaz de se sobrepor sobre os demais, ferindo o pensamento do art. 2º da CRFB/88.

Destaca-se, oportunamente, que não se tratará aqui de buscar construir um pensamento capital para a análise da possibilidade ou não da realização do controle de políticas públicas, mas sim de fomentar um raciocínio que permita o exercício legítimo do controle do orçamento público em prol do FIA, no caso de não cumprimento da obrigação do ente federativo de repasse de recursos financeiros.

Neste sentido, o primeiro ponto a ser considerado se refere à forma de exercício deste controle, pois ele pode ocorrer de três maneiras: *preventivamente*, *concomitantemente* e *posteriormente*.

[3] Neste sentido, ver, por exemplo, o REsp 493.811, julgado pela 2ª turma do STJ, de relatoria da Ministra Eliana Calmon, publicado no DJ em 15/03/2004, onde, por maioria, foi determinada a inclusão de verba no orçamento seguinte do ente federativo para atender as políticas públicas deliberadas pelo Conselho Municipal de Direitos da Criança e Adolescente da cidade de Santos/SP.

Na modalidade preventiva, as atividades de controle buscariam privilegiar as instâncias democráticas de deliberação popular, garantindo que os canais de participação popular fossem mantidos aptos a captar os anseios da sociedade. De qualquer forma, logicamente, o foco da ação fiscalizatória e de controle também estaria direcionado para o resultado produzido nestas deliberações democráticas em prol do FIA, exigindo a dotação orçamentária específica para o Fundo da Infância e Adolescência.

Diante da omissão ou total insuficiência dos recursos destinados para o FIA, seria possível o ajuizamento de ação civil pública com o objetivo de garantir repasse suficiente de recursos públicos para o provimento deste fundo, de forma a viabilizar a concretização de diversos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes.

Não seria, de forma alguma, inviável pensar que os recursos destinados ao FIA servem para a garantia mínima de uma vida digna de diversas crianças e adolescentes, que são vítimas das mais variadas formas de violência neste país. A moderna doutrina nacional, assim como boa parte da jurisprudência, tem entendido que existe uma dimensão mínima de garantia da dignidade da pessoa humana que deve ser protegida a todo o custo, conforme o disposto no art. 1º, inciso III, da CRFB/88.

É o que atualmente se tem denominado de *mínimo existencial*[4]. O *mínimo existencial* é uma criação doutrinária alemã que visa garantir um limite máximo de omissão estatal, pois defende a idéia de que existem condições limites para a existência humana digna, sobre as quais o Estado não pode se omitir, devendo, ao contrário, arcar com os custos da existência individual digna.

Numa análise sintética, segundo Ingo Sarlet (2008, p. 25), pode-se conceituar o mínimo existencial como o "conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, no sentido de uma vida saudável".

De se observar, rapidamente, que, ao se defender a proteção de um limite mínimo de condições existenciais de cada indivíduo, não se quer reduzir o campo de efetividade dos direitos fundamentais, como entendem alguns[5]. Ao contrário, procura-se estabelecer um *standard* de atuação estatal que garanta as condições humanas mínimas para a existência digna de cada cidadão, fortalecendo a sua própria capacidade de lutar pelos seus próprios direitos fundamentais. Na verdade, a garantia isonômica do "mínimo existencial" a todos os cidadãos é o primeiro passo para o estabelecimento de uma ordem jurídica de máxima efetividade dos direitos fundamentais, especialmente dos direitos fundamentais sociais[6].

Também hoje a doutrina já diferencia o "mínimo existencial" e o "mínimo vital", pois não interessa ao Estado que os seus cidadãos sobrevivam sem um mínimo de qualidade em suas vidas, o que é defendido pelo pensamento do "mínimo vital", mas sim promover uma vida social harmônica, em que seja oportunizado a cada cidadão o desfrute de uma vida condigna, com garantia de condições materiais mínimas (SARLET, 2008, p. 22).

Normalmente, ao se afirmar o "mínimo existencial", tem-se no horizonte a tutela do princípio da dignidade da pessoa humana, razão pela qual seus defensores, em regra, o correlacionam juridicamente com este princípio, buscando-lhe aferir normatividade. Entretanto, a visão constitucional contemporânea necessita ter um pouco mais de amplitude, pois, certamente, ao se defender um Estado constitucional que promova a plena participação social dos indivíduos nas esferas públicas de decisão, a questão que toma maior relevância é a das autonomias privada e pública. Assim, é necessário que o "mínimo existencial" ganhe, cada vez mais, uma dimensão de *promoção das autonomias privada e pública*[7].

Ricardo Lobo Torres (2009, p. 37-38) ainda afirma que "O mínimo existencial é direito de dupla face: a) aparece como direito subjetivo e também como norma objetiva; b) compreende os direitos fundamentais originários (direitos da liberdade) e os direitos fundamentais sociais, todos em sua expressão essencial, mínima e irredutível; c) do ponto de vista da efetividade apresenta a duplicidade do *status negativus* e do *status positivus libertatis*".

---

[4] No Brasil, deve-se ressaltar a contribuição de Ricardo Lobo Torres nesta temática, sendo o primeiro doutrinador, pelo que se sabe, a apresentar um estudo sobre a questão do mínimo existencial. Neste sentido, ver: TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, n. 177, 1989, p. 20-49. Numa visão histórica, imperdível a leitura de TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: In: Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm. *Direitos fundamentais*: orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 69-86.

[5] Reservas à noção do mínimo existencial podem ser extraídas de FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 74-75.

[6] Neste sentido, ver SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm. *Direitos fundamentais*: orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 25. Ricardo Lobo Torres (2009, p. 80-81) chega a afirmar que "a jusfundamentalidade dos direitos sociais se reduz ao mínimo existencial, em seu duplo aspecto de proteção negativa contra a incidência de tributos sobre os direitos sociais mínimos de todas as pessoas e de proteção positiva consubstanciada na entrega de prestações estatais materiais em favor dos pobres. Os direitos sociais máximos devem ser obtios na via do exercício da cidadania reinvindicatória e da prática orçamentária, a partir do processo democrático. Esse é o caminho que leva à superação da tese do primado dos direitos sociais sobre os direitos da liberdade, que inviabilizou o Estado Social de Direito, e da confusão entre direitos fundamentais e direitos sociais, que não permite a eficácia destes últimos sequer na sua dimensão mínima".

[7] Buscando definir sucintamente o mínimo existencial, em nota prévia da sua recente obra Ricardo Lobo Torres (2009) afirma que "o direito ao mínimo existencial, em síntese, é o núcleo essencial dos direitos fundamentais ancorado nos princípios da dignidade humana e do Estado Democrático de Direito e na busca da felicidade". Percebe-se a preocupação do autor com a dimensão da participação social promovida pelo princípio do Estado democrático de direito, que em nossa visão pretende gerar as autonomias privada e pública.

Na dimensão subjetiva, o mínimio existencial "investe o cidadão na faculdade de acionar as garantias processuais e institucionais na defesa de seus direitos mínimos". Já na forma objetiva, ele surge como "norma da declaração de direitos fundamentais, que deve cobrir o campo mais amplo das pretensões da cidadania" (TORRES, 2009, p. 38).

Robert Alexy (2008, p. 427-428) ressalta que o mínimo existencial é fruto de uma construção comparativa, pois "sem recorrer a comparações é praticamente impossível determinar o que faz parte do mínimo existencial garantido constitucionalmente. Como a História e outros países demonstram, o mínimo existencial absoluto pode ser fixado em um patamar extremamente baixo".

Desta forma, no âmbito do controle preventivo, as atenções estariam voltadas para o devido funcionamento dos canais comunicativos de deliberação democrática e para a garantia do mínimo existencial, numa dinâmica específica para cada ação controladora.

O controle judicial do orçamento público também pode ocorrer de modo *concomitante*, resultando da fiscalização eficiente da destinação e da utilização efetiva dos recursos do FIA. Ou seja, ainda que no plano orçamentário exista previsão específica de destinação de recursos para o FIA, é preciso fiscalizar se efetivamente este recurso foi transferido para o FIA e se ele esta sendo utilizado de forma adequada.

Para tanto, ganham importância as análises do Relatório Resumido de Execução Orçamentária (RREO), que deve ser publicado bimestralmente pela Administração Pública, como forma de se possibilitar a fiscalização da execução orçamentária de cada ente federativo, e do Quadro de Demonstrativo de Despesas (QDD).

É através destas análises que o controle concomitante do orçamento público em prol do FIA poderá ser efetivado, podendo ser ajuizada ação civil pública para garantir a execução adequada do orçamento público planejado.

De modo prático, pode acontecer em um determinado município de haver expressa previsão na LOA de repasse de certa quantia em recursos públicos para o FIA. Após detida análise do RREO e do QDD, constata-se que o esse município, após os 03 (três) primeiros bimestres não repassou nenhum recurso para o FIA, não havendo qualquer sinalização de efetivação deste repasse. A questão então ganha contornos normativos, sendo cabível a utilização da ação civil pública para a garantia do repasse orçamentário necessário.

Percebe-se que, nesta modalidade de controle, os agentes públicos necessitam estar atentos e capacitados para efetuarem a análise dos orçamentos públicos e de seus relatórios de execução, sob pena de não conseguirem garantir o cumprimento das deliberações democráticas, que devem ser obrigatoriamente respeitadas pelos administradores públicos.

Também nesta forma de controle judicial possui especial importância a temática do mínimo existencial, pois na análise do caso concreto permite uma fiscalização mais coerente com a sistemática constitucional atual, evitando que as ações do judiciário se confundam com as dos demais "poderes".

Por fim, cabe avaliar a modalidade de controle realizada *posteriormente* à execução orçamentária. Neste caso, o ponto principal a ser destacado é o de que ela não permitirá necessariamente a concretização direta dos direitos fundamentais que devem ser materializados através do FIA, uma vez que é realizado num momento posterior ao da execução orçamentária.

De fato, muitas vezes somente permitirá a responsabilização do agente público pelo descumprimento das convenções democráticas existentes, sejam elas estabelecidas em leis ou em atos administrativos provenientes de decisões de conselhos municipais, por exemplo.

Neste sentido, esta modalidade de fiscalização e controle judicial do orçamento não constitui o foco da análise do estudo, devendo ser objeto de uma investigação acadêmica própria.

5. RESERVA DO POSSÍVEL E FIA

As afirmações feitas acima remetem necessariamente o estudo à análise, ainda que sucinta, de uma questão importantíssima que trata da chamada "reserva do possível". Como se sabe, já se tornou lugar comum nos tribunais pátrios a alegação do Estado de não possuir recursos financeiros suficientes para a execução de todos os direitos elencados na CF/88, especialmente os direitos sociais, que somente poderiam ser realizados dentro da possibilidade financeira dos cofres públicos, o que geraria certa reserva de possibilidade de concretude, inclusive, dos direitos fundamentais.

É importante verificar que tal argumento, no Brasil, começou a ser levantado no início da década de 90, como verdadeiro obstáculo, quase intransponível, para a concretização dos direitos fundamentais[8].

A redemocratização vivida pelo país com a CF/88 gerou o Estado democrático de direito atual, que afirmou o seu compromisso com a abertura democrática e com os direitos fundamentais, que sistematicamente, inclusive, passaram a figurar no início do texto magno, o que, por si só, já demonstra este compromisso.

---

[8] A reserva do possível foi analisada pela primeira vez no julgamento do caso *numerus clausus*, na Alemanha, na década de 1970, quando se ponderava a razoabilidade de se exigir do Estado vaga em universidade para cada cidadão interessado em ingressar num curso superior. Interessante observar que enquanto na Alemanha tal pensamento foi utilizado como forma de se analisar a máxima efetividade dos direitos fundamentais, por aqui, em terras tupiniquins, utiliza-se tal estratégia para brecar até mesmo a concretização mínima destes direitos.

Apesar de todo esforço, não há como negar que a CRFB/88 já nasceu num momento de crise do Estado Social, com afirmações de que o Estado, diante do excesso de gastos com a materialização dos direitos sociais, teria se tornado ineficiente, regulando em excesso o mercado financeiro. Passou-se, então, a afirmar o "Estado mínimo", que abriria maior espaço para liberdade econômica, num movimento denominado de neoliberalismo, que tornou contemporâneos os ideais liberais.[9]

Neste contexto, a reserva do possível tem sido invocada pelos órgãos estatais, em processos judiciais, como justificativa para o descumprimento do comando normativo constitucional de garantia dos direitos fundamentais sociais, que deveriam ser limitados diante da escassez de recursos do Estado, numa tentativa de se evitar, até mesmo, decisões que destoem da realidade orçamentária estatal.

É bem verdade que a efetivação dos direitos fundamentais sociais tem um custo[10] e que o Estado não possui recursos infinitos para a concretização de todos esses direitos, devendo se atentar, cada vez mais, para esta dimensão econômica do custo do direito. Por outro lado, deve buscar concretizar os direitos fundamentais com responsabilidade, sem que o Estado, na típica situação do cobertor curto, tenha que, conforme o provérbio popular, descobrir desrazoavelmente a cabeça para cobrir os pés[11].

Entretanto, ao contrário daquilo afirmado pelos neoliberalistas, os direitos sociais, de prestação, não são os únicos direitos custosos ao Estado. Na verdade, todos os direitos detêm uma parcela positiva, que necessita de certa intervenção estatal para o seu exercício, razão pela qual, não seria certa a diferenciação entre direitos negativos e positivos:

> "Where there is a right, there is a remedy" is a classical legal maxim. Individuals enjoy rights, in a legal as opposed to a moral sense, only if the wrongs they suffer are fairly and predictably redressed by their government. This simple point goes a long ay toward disclosing the inadequacy of the negative rights/positive rights distinction. What it shows is that all legally enforced rights are necessarily positive rights. Rights are costly because remedies are costly. (...) Almost every right implies a correlative duty, and duties are taken seriously only when dereliction is punished by the public power drawing on the public purse" (HOLMES; SUNSTEIN. 1999, p. 43) [12]

Assim, a própria noção de "Estado mínimo" cai por terra quando se revela que todos os direitos possuem um custo, devendo ser o mesmo sopesado tanto na afirmação dos direitos ditos "negativos" quanto nos direitos chamados "positivos", que deverão ser salvaguardados por órgãos eficazes, que custam dinheiro para os cofres estatais. Por isso mesmo, parafraseando Ronald Dworkin, Sunstein e Holmes enfatizam que "taking rights seriously means taking scarcity seriously" (HOLMES; SUNSTEIN. 1999, p. 94).

Para os que entendem então a reserva do possível como uma circunstância que compõe a formação do núcleo dos direitos fundamentais, a impossibilidade orçamentária tornaria inexigível uma possível pretensão jurídica, impedindo o próprio reconhecimento do direito fundamental no ordenamento jurídico. Toda a questão jurídica-normativa estaria submetida a uma possibilidade financeira estatal, dentro da discricionariedade que bem lhe conviesse.

Tal entendimento reduz a força normativa[13] do texto constitucional, limitando o jurista a uma interpretação anterior da própria concepção do âmbito normativo da norma, que ficaria condicionada sempre à possibilidade orçamentária do Estado, o que é inaceitável.

Se é certo que os recursos do Estado são escassos, também o é a afirmação de que o âmbito de normatividade dos direitos fundamentais independe da análise da reserva do possível como elemento interno desses direitos. Não se quer com isso afirmar que a materialização de direitos fundamentais deva ser realizada em dissonância com a realidade fática. Mas o seu reconhecimento independe desta análise de escassez. Neste sentido, Ingo Sarlet (2008, p. 30) afirma que "[...] não nos parece correta a afirmação de que a reserva do possível seja elemento integrante dos direitos fundamentais, como se fosse parte do seu núcleo essencial ou mesmo como se estivesse enquadrada no âmbito do que se convencionou denominar de limites imanentes dos direitos fundamentais".

---

[9] "O neoliberalismo nasceu logo depois da II Guerra Mundial, na região da Europa e da América do Norte onde imperava o capitalismo. Foi uma reação teórica e política veemente contra o Estado intervencionista e de bem-estar. Seu texto de origem é "O Caminho da Servidão", de Friedrich Hayek, escrito já em 1944. Trata-se de um ataque apaixonado contra qualquer limitação dos mecanismos de mercado por parte do Estado, denunciadas como ameaça letal à liberdade, não somente econômica, mas também política." (ANDERSON, Perry. Balanço do Neoliberalismo. In SADER, Emir & GENTILI, Pablo (orgs.) *Pós-Neoliberaslimo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995, p. 9.)

[10] Acolhendo a posição da doutrina americana, todos os direitos têm um custo. Sobre o tema, ver: HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 1999.

[11] Ingo Sarlet chama a atenção para a tarefa de todos os órgãos estatais e agentes políticos em maximizar os recursos e minimizar o impacto da reserva do possível (SARLET, 2008, p. 32).

[12] Neste sentido, ver SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm. *Direitos fundamentais*: orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

[13] Sobre o tema, propõe-se a leitura da obra de HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1991.

Para Ingo Sarlet, a "reserva do possível" tem, pelo menos, uma dimensão tríplice que se expressa na disponibilidade fática dos recursos, na disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos e na proporcionalidade da prestação, a saber:

> "a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva também do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade." (SARLET, 2008, p. 30)

Entretanto, não se pode deixar de reconhecer que a concretização dos direitos fundamentais encontra um forte limite externo, que é a reserva do possível[14]. Na materialização dos direitos fundamentais, em decorrência da falta de recursos, deve-se sempre buscar um equilíbrio na escolha dos direitos a serem disponibilizados aos cidadãos, buscando-se estabelecer critérios objetivos, devidamente justificados. Na efetivação dos direitos fundamentais, é a razoabilidade que deve imperar no momento em que a reserva do possível é invocada pelo administrador público.

A "reserva do possível" será sempre um limite externo que deverá ser ultrapassado através de uma análise razoável e proporcional, devidamente fundamentada, que privilegie a concretização dos direitos fundamentais, mas não desconsidere as limitações fáticas de escassez de recursos públicos, sendo certo que cabe ao Estado o ônus da prova da limitação orçamentária (SARLET, 2008, p. 32).

Este limite da "reserva do possível" faz com que o intérprete constitucional, ao analisar o emprego do princípio da proporcionalidade e do princípio da razoabilidade na gestão dos recursos públicos, enfrente com cautela a questão do direcionamento dos recursos públicos, pois, como se viu, a "reserva do possível", em sua tríplice dimensão, também age como uma garantia de efetivação de direitos fundamentais em conflito, não podendo a mesma ser desconsiderada por qualquer argumento.

Entretanto, como bem analisado por Ricardo Lobo Torres (2009, p. 105-106), "a "reserva do possível" não é aplicável ao mínimo existencial, que se vincula à reserva orçamentária e às garantias institucionais da liberdade, plenamente sindicáveis pelo Judiciário nos casos de omissão administrativa ou legislativa". E este é um ponto relevante na análise do tema.

De fato, quando se fala e se reflete sobre FIA, percebe-se a sua íntima relação com a temática do *mínimo existencial*, uma vez que o FIA trata do fomento de diversos direitos fundamentais de crianças e adolescentes em situação de risco, provendo as suas necessidades mais básicas. Neste sentido, incabível a utilização jurídica da teoria de reserva do possível como forma de inviabilizar a participação do Estado no fomento do FIA.

Pode-se ainda dizer que, na análise do controle judicial do orçamento público, que envolve também o controle da formulação e da execução de políticas públicas, entendido que o Judiciário deve intervir na exata medida da necessidade para estancar a violação de determinado direito fundamental, cabe ainda ao juiz a utilização de medidas assecuratórias para a efetivação da realização de sua decisão. Tal ação judicial permite, inclusive, a indicação da rubrica orçamentária de onde deverá ser obtido o recurso que custeará a política pública imposta e, até mesmo, a proibição da realização de políticas públicas constitucionalmente não prioritárias, como, por exemplo, publicitárias e musicais, com destinação das verbas públicas para a concretização de direitos fundamentais violados.

Observe-se que nas questões pouco complexas, a medida pode ter, até mesmo, uma eficácia satisfatória, por se tratar de pequenos atos que podem ser facilmente substituídos pela decisão judicial.

Entretanto, nas questões mais complexas, que normalmente permeiam as ações civis públicas, o resultado perseguido depende da formulação de um conjunto de ações, que vão exigir do Judiciário criatividade e ousadia, principalmente no enfrentamento das questões orçamentárias.

Nestes casos, a intervenção do Judiciário deve ser proporcional a urgência da medida pleiteada, pois quanto menor a urgência maior o prazo para a sua execução, garantindo-se uma maior possibilidade da execução direta pela própria administração. Pelo contrário, havendo extrema urgência na execução da medida, há considerável redução do prazo, limitando-se a possibilidade de execução direta pela própria administração, que deverá prontamente se manifestar sobre a execução.

---

[14] Discorrendo sobre o tema, assim se manifestou CANOTILHO (2003, p. 439): "Quais são, no fundo, os argumentos para reduzir os direitos sociais a uma garantia constitucional platónica? Em primeiro lugar, os custos dos direitos sociais. Os direitos de liberdade não custam, em geral, muito dinheiro, podendo ser garantidos a todos os cidadãos sem se sobrecarregarem os cofres públicos. Os direitos sociais, pelo contrário, pressupõem grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado. Por isso, rapidamente se aderiu à construção dogmática da *reserva do possível* (*Vorbehalt des Möglichen*) para traduzir a idéia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob "reserva dos cofres cheios" equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica."

Com esta afirmação, pode-se concluir que o grau de intervenção judicial sobre as demais funções estatais será proporcional à urgência da medida pleiteada, devendo o Judiciário agir eficazmente na tutela do direito fundamental violado, sempre dando primazia para a execução direta do objeto pelos demais entes públicos, realizando uma intervenção que deve ocorrer de forma gradativa, dando oportunidade para o adimplemento direto pelos próprios entes públicos.

Assim no caso de uma urgência altíssima, cabe ao Judiciário, ainda que flagrante a omissão estatal, oportunizar, sempre que possível, que a prestação cabível seja realizada pela própria administração. Na busca pelo fornecimento de alternativas para a solução do caso concreto apresentado, o Judiciário pode apresentar determinações com grau de intervenção médio. Deve-se, por fim, na visão de plena garantia do direito violado, oferecer medida de maior grau de intervenção, com bloqueio de verbas públicas constitucionalmente não prioritárias, podendo o próprio Judiciário executar o pagamento dos serviços prestados, normalmente, por particulares, vez que o Judiciário não possui condições técnicas para a execução dos diversos serviços públicos essenciais[15].

No entanto, em algumas situações menos extremas, a intervenção orçamentária pode ser mais branda, com inclusão da verba orçamentária para o exercício seguinte[16], o que permitirá um melhor planejamento orçamentário da administração, podendo os demais entes públicos deliberarem sobre o remanejamento orçamentário.

6. DESTAQUES CONCLUSIVOS

O presente estudo tinha o objetivo de analisar as possibilidades de exercício, no atual paradigma constitucional brasileiro do Estado democrático de direito, do controle judicial do orçamento público em prol do Fundo da Infância e da Adolescência – FIA, podendo ser extraídas as seguintes conclusões:

1 – A Constituição de 1988 permitiu a criação dos Fundos da Infância e da Adolescência – FIA, através dos quais os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes que se encontram em situação de risco social são concretizados de uma forma mais democrática, célere e específica.

2 – Da leitura do art. 227 da CRFB/88, é possível verificar que, ainda que os atores sociais estejam enumerados sequencialmente, não existe qualquer relação de prioridade, de preferência ou de subsidiariedade na responsabilidade de todos eles (família, sociedade e Estado) em salvaguardarem os direitos das crianças e dos adolescentes, sendo cabível, e por vezes até mesmo necessária, a atuação simultânea de cada um deles na proteção integral das crianças e dos adolescentes.

3 – No FIA estão contidos recursos a serem utilizados no fomento das políticas voltadas para o atendimento dos direitos de crianças e de adolescentes, distribuídos conforme deliberação dos conselhos de direitos de cada ente federativo (União, Estados e Municípios).

4 – Os motivos da criação específica do FIA são claros, pois se referem à especialidade das políticas públicas, à fomentação da participação social e à celeridade na execução das políticas públicas.

5 – O FIA é uma diretriz política de atendimento à criança e ao adolescente, tratando-se de um fundo especial que tem como objetivo atender as crianças e os adolescentes que estejam em "situação de risco", podendo ser utilizado no atendimento individual, coletivo ou difuso.

6 – Atualmente, parece não ser mais um campo desconhecido o do controle judicial de políticas públicas, visto que diversas decisões judiciais, inclusive das cortes judiciais superiores do Brasil, têm sido proferidas neste sentido.

7 – Mais do que se debater sobre a possibilidade ou não da efetivação deste controle judicial, discute-se, ultimamente, as condições e os limites do exercício desta atividade judicial, de forma a legitimar a atividade judicial, que não pode errar nem pela omissão e nem pelo excesso.

8 – O controle do orçamento público pode ocorrer de 03 (três) maneiras: *preventivamente*, *concomitantemente* e *posteriormente*.

9 – No âmbito do controle preventivo, as atenções fiscalizatórias estariam voltadas para o devido funcionamento dos canais comunicativos de deliberação democrática e para a garantia do mínimo existencial, numa dinâmica específica para cada ação controladora.

10 – O *mínimo existencial* é uma criação doutrinária alemã que visa garantir um limite máximo de omissão estatal, pois defende a idéia de que existem condições limites para a existência humana digna, sobre as quais o Estado não pode se omitir, devendo, ao contrário, arcar com os custos da existência individual digna.

11 – O controle judicial do orçamento público também pode ocorrer de modo *concomitante*, resultando da fiscalização eficiente da destinação e da utilização efetiva dos recursos do FIA. Ou seja, ainda que no plano orçamentário exista previsão específica de destinação de recursos para o FIA, é preciso fiscalizar se efetivamente este recurso foi transferido para o FIA e se ele esta sendo utilizado de forma adequada.

---

[15] Neste sentido, recentemente o TJRS manteve decisão que determinou ao Município de Montenegro disponibilizar a menino ensino infantil público ou comprar vaga na rede privada, sob pena de bloqueio de valores.

[16] Neste sentido, novamente, ver o REsp 493.811, julgado pela 2ª turma do STJ, de relatoria da Ministra Eliana Calmon, publicado no DJ em 15/03/2004, onde, por maioria, foi determinada a inclusão de verba no orçamento seguinte do ente federativo para atender as políticas públicas deliberadas pelo Conselho Municipal de Direitos da Criança e Adolescente da cidade de Santos/SP.

12 – No controle realizado *posteriormente* à execução orçamentária, o ponto principal a ser destacado é o de que ele não permitirá necessariamente a concretização direta dos direitos fundamentais que devem ser materializados através do FIA, uma vez que é realizado num momento posterior ao da execução orçamentária.

13 – Na materialização dos direitos fundamentais, em decorrência da falta de recursos, deve-se sempre buscar um equilíbrio na escolha dos direitos a serem disponibilizados aos cidadãos, buscando-se estabelecer critérios objetivos, devidamente justificados. Na efetivação dos direitos fundamentais, é a razoabilidade que deve imperar no momento em que a "reserva do possível" é invocada pelo administrador público.

14 – A "reserva do possível" será sempre um limite externo que deverá ser ultrapassado através de uma análise razoável e proporcional, devidamente fundamentada, que privilegie a concretização dos direitos fundamentais, mas não desconsidere as limitações fáticas de escassez de recursos públicos, sendo certo que cabe ao Estado o ônus da prova da limitação orçamentária

15 – Em relação ao FIA, percebe-se que, como trata do fomento de direitos fundamentais em sua dimensão de *mínimo existencial*, a teoria da "reserva do possível", conforme os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, não pode ser aplicada como forma de impedir o seu adequado funcionamento.

16 – No controle judicial do orçamento público, e consequentemente de políticas públicas, o grau de intervenção judicial sobre as demais funções estatais será proporcional à urgência da medida pleiteada, devendo o Judiciário agir eficazmente na tutela do direito fundamental violado, sempre dando primazia para a execução direta do objeto pelos demais entes públicos, realizando uma intervenção que deve ocorrer de forma gradativa, dando oportunidade para o adimplemento direto pelos próprios entes públicos.

17 – No caso de uma urgência altíssima, cabe ao Judiciário, ainda que flagrante a omissão estatal, oportunizar, sempre que possível, que a prestação cabível seja realizada pela própria administração. Na busca pelo fornecimento de alternativas para a solução do caso concreto apresentado, o Judiciário pode apresentar determinações com grau de intervenção médio. Deve-se, por fim, na visão de plena garantia do direito violado, oferecer medida de maior grau de intervenção, com bloqueio de verbas públicas constitucionalmente não prioritárias, podendo o próprio Judiciário executar o pagamento dos serviços prestados, por particulares, vez que o Judiciário não possui condições técnicas para a execução de diversos serviços públicos essenciais.

18 – Diante de situações menos extremas, a intervenção orçamentária pode ser mais branda, com inclusão da verba orçamentária para o exercício seguinte, o que permitirá um melhor planejamento orçamentário da administração, podendo os demais entes públicos deliberarem sobre o remanejamento orçamentário.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da Proteção Integral. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (org.). *Curso de direito da criança e do adolescente*: aspectos teóricos e práticos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

ANDERSON, Perry. Balanço do Neoliberalismo. In SADER, Emir & GENTILI, Pablo (orgs.) *Pós-Neoliberaslimo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: GRAU, Eros Roberto e CUNHA, Sérgio Sérvulo da Cunha (coord.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 244-260.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1991.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 1999.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. O orçamento público na ótica da responsabilidade fiscal: autorizativo ou impositivo?. In: FIGUEIREDO, Carlos Maurício e NÓBREGA, Marcos. *Administração Pública: direito administrativo, financeiro e gestão pública: práticas inovações e polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. rev. e atual. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm. *Direitos fundamentais*: orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

TAVARES, Patrícia. Os conselhos dos direitos da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (org.). *Curso de direito da criança e do adolescente*: aspectos teóricos e práticos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: In: Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm. *Direitos fundamentais*: orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 69-86.

_____. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, n. 177, 1989, p. 20-49.

085

DA INEXISTÊNCIA DO DIREITO DE PREFEITOS À INDICAÇÃO DE LOCAL, DIA E HORA PARA OUVIDA EM SEDE DE INVESTIGAÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA CONDUZIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

André Felipe Barbosa de Menezes*

Promotor de Justiça/PE

1. INTRODUÇÃO

Na condução de inquéritos civis ou procedimentos de investigação preliminar, notadamente quando há indícios da prática de **improbidade administrativa**, é corrente a necessidade de proceder à ouvida de autoridades com vistas ao esclarecimento dos fatos em apuração.

Especificamente na seara das Promotorias de Justiça de Defesa da Cidadania com atuação na defesa do Meio Ambiente, Patrimônio Histórico e Cultural, que abrange a defesa da Habitação e Urbanismo na falta de Curadoria Especializada no município, trata-se de investigações sobre improbidade administrativa ambiental.

Nesse contexto, por ocasião da expedição de notificação a Prefeito Municipal para apurar possível improbidade administrativa, deve o Membro do Ministério Público designar o lugar, data e horário da audiência ou facultar àquela autoridade a indicação do local, do dia e da hora para sua ouvida, conforme lhe aprouver?

Em outras palavras, têm os Prefeitos Municipais direito à indicação de local, dia e hora para ouvida em sede de investigação conduzida pelo Ministério Público por improbidade administrativa?

Eis o objeto do presente trabalho.

2. PODER DO MINISTÉRIO PÚBLICO E PRERROGATIVA DOS PREFEITOS

A teor da Lei Federal 8.625/93 (Lei Orgânica do Ministério Público), para instruir inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes o Ministério Público poderá "**expedir notificações para colher depoimento ou esclarecimentos** e, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar, ressalvadas as prerrogativas previstas em lei" (artigo 26, I, "a").

Por seu turno, reza o Código de Processo Penal que o "Presidente e o Vice-Presidente da República, os senadores e deputados federais, os ministros de Estado, os governadores de Estados e Territórios, os secretários de Estado, **os prefeitos do Distrito Federal e dos Municípios**, os deputados das Assembléias Legislativas Estaduais, os membros do Poder Judiciário, os ministros e juízes dos Tribunais de Contas da União, dos Estados, do Distrito Federal, bem como os do Tribunal Marítimo **serão inquiridos em local, dia e hora previamente ajustados entre eles e o juiz**" (artigo 221).

Do cotejo dos dispositivos legais em apreço, emerge *prima facie* o entendimento de que os Prefeitos Municipais teriam direito à indicação de local, dia e hora para sua ouvida perante o Órgão Ministerial, já que, sendo explícito o Código de Processo Penal, silencia a respeito a Lei Orgânica do Ministério Público.

No entanto, perquirindo-se sobre a qualidade em que será o Prefeito Municipal ouvido perante o Ministério Público, chega-se naturalmente a entendimento diverso, conforme a seguir se demonstra.

* 3º Promotor de Justiça de Defesa da Cidadania de Olinda – Estado de Pernambuco. Curadoria do Meio Ambiente, Patrimônio Histórico e Cultural.

3. PRERROGATIVA INEXISTENTE NO PROCESSO CIVIL

A prerrogativa estampada no artigo 221 do Código de Processo Penal não encontra sua semelhante no âmbito do processo civil. É que o Código de Processo Civil não contempla os Prefeitos no rol das autoridades que, a teor do seu artigo 411, serão ouvidas em sua residência ou onde exercem a sua função.

São elas: Presidente e Vice-Presidente da República; presidente do Senado e da Câmara dos Deputados; ministros de Estado; ministros do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Superior Tribunal Militar, Tribunal Superior Eleitoral, Tribunal Superior do Trabalho e Tribunal de Contas da União; procurador-geral da República; senadores e deputados federais; governadores dos Estados, Territórios e Distrito Federal; deputados estaduais; desembargadores dos Tribunais de Justiça, juízes dos Tribunais de Alçada, juízes dos Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunais Regionais Eleitorais e conselheiros dos Tribunais de Contas dos Estados e Distrito Federal; embaixador de país que, por lei ou tratado, concede idêntica prerrogativa ao agente diplomático do Brasil (CPC, art. 411, I a X).

Cuidando-se de tais autoridades, o juiz solicitará que designem local, dia e hora a fim de serem inquiridas, remetendo-lhes cópia da petição inicial ou da defesa oferecida pela parte que as arrolou como testemunhas (CPC, art. 411, parágrafo único).

Cumpre, pois, realçar que no processo civil aos Prefeitos ouvidos como testemunhas se aplica a regra geral contida no artigo 412 do CPC, consoante a qual a "testemunha é intimada a comparecer à audiência, constando do mandado dia, hora e local, bem como os nomes das partes e a natureza da causa".

4. PREFEITO OUVIDO COMO GESTOR, NÃO COMO TESTEMUNHA

Além de a prerrogativa estampada no artigo 221 do Código de Processo Penal não encontrar sua semelhante no processo civil, ela somente é aplicável quando o Prefeito for ouvido como **testemunha**, o que não é o caso objeto do presente trabalho, pois na condução de inquéritos civis ou procedimentos de investigação preliminar, notadamente quando há indícios da prática de improbidade administrativa, o Prefeito Municipal é ouvido como **gestor**.

Ou seja: como testemunha em processo penal, o Prefeito Municipal pode invocar sua prerrogativa de ser ouvido em local, dia e hora por ele indicados, por expressa previsão legal. Porém, como gestor, administrador, responsável pela probidade no trato da coisa pública, tal prerrogativa inexiste e não pode ser invocada para justificar o não comparecimento do Prefeito à audiência designada pelo Ministério Público em sede de procedimento investigatório em que apura improbidade administrativa.

O Prefeito, ouvido como gestor municipal, em regra não será notificado para prestar declarações acerca de fatos que consubstanciarão meio de prova contra terceiros, mas prestará depoimento sobre a sua própria gestão à frente do Município, podendo ser responsabilizado em caso de ato de improbidade administrativa, inclusive ambiental – o que não é incomum.

Importante destacar que não se trata de procedimento investigatório de natureza criminal, mas cível, como o são o inquérito civil e o procedimento de investigação preliminar diariamente instaurados nas Promotorias de Justiça de Defesa da Cidadania. E, com efeito, a possibilidade de essas investigações redundarem no ajuizamento de ação de improbidade administrativa em nada altera a natureza cível das investigações que o precedem, pois *cível* também é a natureza da ação de improbidade administrativa – em que pese sustentar o contrário uma minoria doutrinária, capitaneada por Gilmar Ferreira Mendes.

5. POSSIBILIDADE DE CONDUÇÃO COERCITIVA EM CASO DE FALTA À AUDIÊNCIA

Cumpre indagar se é possível a condução coercitiva do Prefeito, ordenada pelo Promotor de Justiça, em caso de não comparecimento injustificado à audiência designada pelo Ministério Público em sede de inquérito civil ou procedimento de investigação preliminar, em que se apura a prática de improbidade administrativa.

O Tribunal de Justiça do estado de Minas Gerais tem entendido que o Promotor de Justiça não pode ordenar condução coercitiva de Prefeito, dada a sua prerrogativa de função, devendo a medida ser originada da Procuradoria Geral de Justiça. Eis alguns precedentes daquela Corte:

> "HABEAS CORPUS" - PROMOTOR DE JUSTIÇA - NOTIFICAÇÃO DE PREFEITO - COMPETÊNCIA ASSEGURADA PELA LEI Nº 8.625/93 - REQUISIÇÃO COERCITIVA - NÃO OCORRÊNCIA - CONSTRANGIMENTO ILEGAL - INEXISTÊNCIA - ORDEM DENEGADA. - A lei assegura ao Ministério Público o poder de expedir notificações, requisitando a condução coercitiva de pessoas convocadas que não tenham atendido ao chamamento, havendo, entretanto, ressalva quanto às prerrogativas previstas em lei. - Não há constrangimento ilegal se as notificações expedidas pelo Ministério Público respeitaram as prerrogativas legais, em nenhum momento prevendo a condução coercitiva de prefeito em caso de seu não-

comparecimento. (Proc. nº 1.0000.07.461672-3/000(1), Rel. José Antonino Baía Borges, j. 11.10.2007, p. 31.10.2007.)
"HABEAS CORPUS". CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NOTIFICAÇÃO DE PROMOTOR DE JUSTIÇA PARA COMPARECIMENTO DE PREFEITO MUNICIPAL, PENA DE CONDUÇÃO COERCITIVA. IMPOSSIBILIDADE. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. MEDIDA QUE DEVE SER ORIGINADA PELA PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA. ORDEM CONCEDIDA. (Proc. nº 1.0000.04.414774-2/000(1), Rel. Reynaldo Ximenes Carneiro, j. 02.12.2004, p. 21.12.2004.)

Com o respeito merecido àquela Egrégia Corte, impende-nos discordar do entendimento esposado, uma vez que o Promotor de Justiça tem, sim, poder para ordenar a condução coercitiva em questão, não sendo necessário que a ordem emane da Procuradoria Geral de Justiça.

Como visto, a Lei autoriza a condução coercitiva de **testemunha** no âmbito do processo civil, a teor do artigo 412 do Código de Processo Civil, *verbis*:

> *Art. 412. A testemunha é intimada a comparecer à audiência, constando do mandado dia, hora e local, bem como os nomes das partes e a natureza da causa. Se a testemunha deixar de comparecer, sem motivo justificado, será conduzida, respondendo pelas despesas do adiamento.*

No âmbito do processo penal, também autoriza o Código de Processo Penal a condução coercitiva de **testemunha**, prevendo ainda a imposição de multa, a teor dos artigos 218 e 219:

> *Art. 218. Se, regularmente intimada, a testemunha deixar de comparecer sem motivo justificado, o juiz poderá requisitar à autoridade policial a sua apresentação ou determinar seja conduzida por oficial de justiça, que poderá solicitar o auxílio da força pública.*
> *Art. 219. O juiz poderá aplicar à testemunha faltosa a multa prevista no art. 453, sem prejuízo do processo penal por crime de desobediência, e condená-la ao pagamento das custas da diligência.*

Enfim, com relação ao **acusado** igualmente autoriza o Código de Processo Penal a sua condução coercitiva, na dicção do artigo 260:

> *Art. 260. Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença.*

A despeito dos dispositivos acima declinados, resta assente no presente trabalho que o Prefeito Municipal não será ouvido nem como **testemunha**, quer na área cível quer na criminal, nem como **investigado** no âmbito criminal, mas será ouvido tão-somente como **gestor**, sob o aspecto da Administração Pública, podendo, por óbvio, vir a ser responsabilizado pela prática de improbidade administrativa, inclusive ambiental – e, nesse sentido, terá qualidade de investigado no âmbito cível.

Conquanto possa vir a ser responsabilizado, também, pela prática de algum crime que fique configurado no bojo das investigações conduzidas pelo Ministério Público em sede de inquérito civil ou procedimento de investigação preliminar, essas investigações não se revestem de natureza penal – malgrado sustentar o contrário uma minoria doutrinária, liderada por Gilmar Ferreira Mendes – e podem esgotar-se na responsabilização civil.

Essa percepção é crucial para a conclusão a que inevitavelmente se chega: **o não comparecimento do Prefeito, *in casu*, poderá ensejar sua condução coercitiva ordenada pelo Promotor de Justiça, não em virtude do crime de desobediência, por falta de atribuição para a ação penal**, mas com fundamento no artigo 26, I, "a" da LOMP, uma vez que a medida caracteriza o reforço do seu poder investigatório a fim de viabilizar a efetiva instrução do procedimento.

Por essa razão, com relação à desobediência, falecendo atribuição ao Promotor de Justiça para a ação penal, deverá ele formular representação contra o gestor ao Procurador-Geral de Justiça a fim de que responda por esse crime, face à competência privativa do Tribunal de Justiça para processar e julgar os Prefeitos, *ex vi* do artigo 29, X, da Constituição Federal:

> *Art. 29. 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:
X - julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça;

6. CONCLUSÕES

1) Para instruir inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes, na apuração da prática de possível improbidade administrativa, inclusive ambiental, o Ministério Público poderá expedir notificação para a ouvida de Prefeito Municipal;

2) A prerrogativa do Prefeito de indicar local, dia e hora para sua ouvida existe apenas no âmbito criminal, quando notificado para prestar depoimento como testemunha;

3) Em sede de inquérito civil ou procedimento de investigação preliminar em que se apura improbidade administrativa, inclusive ambiental, o Prefeito é notificado na qualidade de gestor, e por isso não tem direito a indicar local, dia e hora para sua ouvida;

4) O não comparecimento do Prefeito à audiência para a qual foi notificado, em sede de inquérito civil ou procedimento de investigação preliminar em que se apura improbidade administrativa, poderá ensejar sua condução coercitiva ordenada pelo Promotor de Justiça, não em virtude do crime de desobediência, por falta de atribuição para a ação penal, mas com fundamento no artigo 26, I, "a" da LOMP, uma vez que a medida caracteriza o reforço do seu poder investigatório a fim de viabilizar a efetiva instrução do procedimento.

5) Com relação ao crime de desobediência, configurado pelo não comparecimento do Prefeito à audiência para a qual foi notificado, falece atribuição ao Promotor de Justiça para a ação penal, devendo formular representação contra o gestor ao Procurador-Geral de Justiça a fim de que responda por esse crime, face à competência privativa do Tribunal de Justiça para processar e julgar os Prefeitos, *ex vi* do artigo 29, X, da Constituição Federal.

094

O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA BUSCA DA AUTONOMIA DOS CONSELHOS DE SAÚDE. A QUESTÃO DA PRESIDÊNCIA

Carla Carrubba, Denise da Silva Vidal, Vanessa Katz e Leandro Navega

Promotores de Justiça de Tutela Coletiva do Estado do Rio de Janeiro

Resumo: O presente artigo se propõe a refletir a atuação do Ministério Público em prol da garantia do controle social e democrático do Sistema Único de Saúde, frente o papel que os Conselhos de Saúde, legitimados pela Constituição de 1988, desempenham como esfera autônoma de participação social, na produção nas políticas públicas, detectando preventivamente os problemas da rede de saúde e contribuindo, de forma independente e autônoma, na propositura de soluções que garantam a paz social, ao reunir o conjunto de forças sociais que influenciam nas decisões políticas. Importa, como instrumento de autonomia do Conselho, propondo-se como meta de atuação institucional, garantir a eleição de seu Presidente e recomendar o impedimento do exercício desta chefia pelo Secretário Municipal ou Estadual de Saúde, ajuizando-se representações por inconstitucionalidade ou ações civis públicas, conforme o caso.

Palavras-chave: Conselho de Saúde; controle social; autonomia; impedimento de chefia pelo secretário de saúde; prevenção de solução dos problemas da rede de saúde.

Introdução

Os anos que se seguiram a 1980 foram marcados pela cena pública de movimentos sociais articulados, empreendendo, na transição democrática, lutas pela conquista de novos espaços de participação política. O marco institucional no qual essas lutas se inscreveram foi a Constituição de 1988 que, entre outros mecanismos, determinou a criação de conselhos gestores com a participação social para elaboração e monitoramento de diversas políticas públicas. (Almeida, 2006, p.107).

Os Conselhos de Saúde foram regulamentados como espaços institucionalizados, para, além dos debates entre sociedade civil e política, efetuarem o controle social de políticas públicas na área de saúde.

O artigo propõe a atuação do Ministério Público, enquanto defensor da democracia participativa, em prol da autonomia dos Conselhos de Saúde e, assim, garantindo a manifestação efetiva de movimentos sociais que construam soluções equilibradas para efetivação do direito social à saúde e qualidade de vida.

Neste sentido, propõe-se o impedimento do exercício do cargo de Chefia pelo Secretário Municipal ou Estadual de Saúde, como forma de garantir a independência na fiscalização exercida pelo Conselho das ações de saúde, para, ao final, se pensar em mecanismos que auxiliem no funcionamento dos Conselhos, em moldes adequados, permitindo que Instituições, como o Ministério Público, com atribuição para a defesa dos interesses coletivos *lato sensu*, os defina de modo apropriado, inclusive como instrumento de vocalização das demandas sociais, podendo, em parceria com a sociedade civil representada nesses organismos, formular ajustes éticos e jurídicos extrajudicialmente ou judicialmente com os demais Poderes Políticos, através dos instrumentos processuais adequados.

1. Os Conselhos de Saúde na ordem social e jurídica brasileira: uma visão geral

A previsão na Constituição Brasileira de 1988 da participação social no processo de decisões políticas e no controle social de políticas públicas inaugurou uma sistematização jurídica e constitucional de instâncias

participativas e a edição de legislações nas esferas federal, estadual e municipal contemplando os Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde com o fim de efetivar o conteúdo da democracia direta.

Se vasta teoria e regras jurídicas existem sobre o tema, restou pouco investigada sua operacionalidade, especialmente sua função enquanto entes independentes e autônomos. A atividade resolutiva dos Conselhos da Saúde, uma vez assegurada essa autonomia e eficiência, pode vir a conferir um novo sentido à democracia como aquele proposto por Held, *uma concepção privilegiada do bem político porque oferece, ao menos na teoria, uma forma de política e de vida em que há formas justas de negociar valores e disputas, na qual aos indivíduos é permitido desenvolver seus projetos, individuais e coletivos como agentes livres e iguais*. (HELD, 2007).

Asseguradas as relações em seu interior, gerando legitimidade das decisões políticas e a representatividade da sociedade usuária dos serviços, o embate produtivo nessas agências pode ser campo profícuo de soluções novas para demandas particularizadas e locais, a serem propostas aos mandatários eleitos e a outros agentes, como o Ministério Público, para a definição de interesses difusos e coletivos e a pacificação social.

Na ordem jurídica brasileira, os Conselhos de Saúde estão previstos como órgãos colegiados e permanentes do Sistema Único de Saúde (SUS) que possuem composição, organização e competências fixadas na Lei Federal 8.142/90.

A Lei Orgânica da Saúde 8.080/90 regulamentou a participação popular na área de saúde já prevista na Constituição Federal de 1988 e com a aprovação da Lei 8.142/90, se definiu a participação da sociedade nas duas instâncias de pactuação do SUS: os Conselhos e Conferências de saúde. (Leitão, 2004, p.14)

Citando Correia (2000), Leitão (2004, p.14) trabalhou com o conceito de controle social como sendo o controle da sociedade sobre as ações do Estado e sobre o fundo público, o que está plenamente coerente com as atribuições fixadas na legislação para os conselhos que atuam na formulação e proposição de estratégias e no controle da execução das Políticas de Saúde, inclusive em seus aspectos econômicos e financeiros e monitoramento de sua eficácia.

Casuisticamente, compete ao Conselho Municipal de Saúde, dentre outras funções: deliberar, analisar, controlar e apreciar, no nível municipal, o funcionamento do Sistema Único de Saúde; aprovar, controlar, acompanhar e avaliar o Plano Municipal de Saúde; apreciar, previamente, emitindo parecer sobre o Plano e aplicação de recursos financeiros transferidos pelos Governos Federal, Estadual e do orçamento municipal consignados ao Sistema Único de Saúde; apreciar a movimentação de recursos financeiros do Sistema Único de Saúde, no âmbito municipal e pronunciar-se conclusivamente sobre os relatórios de gestão do Sistema Único de Saúde apresentados pela Secretaria Municipal da Saúde; acompanhar e fiscalizar os procedimentos do Fundo Municipal de Saúde - FUMDES, através de comissão de análise do FUMDES; apreciar a alocação de recursos econômicos financeiros, operacionais e humanos dos órgãos institucionais integrantes do Sistema Único de Saúde.

A Resolução 333 elaborada no ano de 2003, pelo Conselho Nacional de Saúde, implica na constatação de uma organização complexa, criando-se atribuições, comissões e necessidade de aparato técnico burocrático e previu ainda eleição para a Chefia do Conselho e na sua terceira diretriz que a ocupação de cargos de confiança ou de chefia que interfiram na autonomia representativa do conselheiro, deve ser avaliada como possível impedimento da representação do segmento e, a juízo da entidade, pode ser indicativo de substituição do conselheiro.

A realidade que tem sido apresentada na maioria dos Municípios é a previsão legal do exercício da Presidência dos Conselhos de Saúde pelos Secretários das respectivas pastas, sendo que o Secretário Municipal de Saúde é o principal ordenador das despesas do SUS, objeto de fiscalização pelo Conselho, bem como reúne as principais informações sobre o funcionamento do sistema de saúde, além de direcionar as reuniões plenárias e pautas a serem debatidas pelo Conselho, podendo vir a atuar maculando a autenticidade de manifestação dos movimentos sociais representados.

2. Da incompatibilidade entre as funções de Gestor e de Presidente do Conselho de Saúde

Enquanto entes integrantes da estrutura básica do Ministério da Saúde e das Secretarias de Saúde dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com atribuição para exercer o controle social do SUS (Sistema Único de Saúde), sua função eminentemente fiscalizatória somente pode ser exercida se assegurada a efetiva autonomia do Conselho de Saúde. É fato que a autonomia real somente se torna possível, inicialmente, com a eleição de seu próprio Presidente pela Plenária.

Atenta à necessidade de efetividade na atuação dos Conselhos de Saúde, é que a Resolução CNS nº 333/03 estabelece como diretriz a eleição do Presidente do Conselho de Saúde (quarta diretriz, item VII). Esta é uma das diretrizes que encontra mais resistência em ser implementada nos Conselhos Municipais de Saúde, dada a dificuldade dos governos municipais de dividir o poder com outras lideranças sociais, ainda que legitimamente eleitas nas Conferências Municipais de Saúde.

A pesquisa *Monitoramento e Apoio à Gestão Participativa do SUS,* publicada no portal *ParticipanetSUS* (WWW.ensp.fiocruz.br/particpanetsus) revelou que em 2007, apenas 70,91% dos Conselhos Municipais de Saúde do país elegem o seu Presidente. Dentre estes, 66,06% elegem os próprios gestores, ou seja, o Secretário Municipal de Saúde. E mais: 76,66% das eleições são abertas.

Ao refletir a necessidade de autonomia do Conselho, esta diretriz importa em observância ao Princípio da Moralidade, e, em última *ratio,* ao Princípio Democrático, ambos insculpidos na Constituição da República, o que torna as normas que não prevêem eleição inconstitucionais, criando um absolutismo perpétuo, inexplicável e antidemocrático.

Por outro viés, observamos que é comum mesmo aos Conselhos que elegem seus Presidentes, a eleição do Secretário Municipal de Saúde, o que, evidentemente, não assegura a preconizada autonomia desses organismos. Trata-se da possibilidade do Gestor se candidatar e, eventualmente, vencer o certame. A admissibilidade da eleição poderia conferir uma roupagem democrática na escolha, enquanto na verdade, o Secretário sequer deveria poder se candidatar, visto que a acumulação de funções é totalmente incompatível com o princípio da moralidade.

Considerando que é papel do Conselho de Saúde a fiscalização e o controle dos gastos públicos nesta área, inclusive do Fundo de Saúde, bem como o encaminhamento de denúncias de irregularidades na aplicação dos recursos destinados à saúde e na execução das políticas públicas ao seu Plenário e a outros órgãos da administração pública, assim como ao tribunal de Contas e ao Ministério Público, dentre outras funções acima descritas, afigura-se como absolutamente incompatível o exercício da função de Presidente do Conselho pelo próprio Gestor, seja Secretário Estadual ou Secretário Municipal de Saúde, dependendo da esfera.

Exatamente pela mesma razão, a Resolução CNS nº 333/03 sugere impedimento ao conselheiro que exerça cargo em comissão, de confiança ou de chefia. A razão é simples: manter a autonomia representativa do conselheiro livre de qualquer interferência. Se assim é para o conselheiro, muito mais razão há para o impedimento do Secretário de Saúde ao cargo de Presidente do Conselho.

O exercício da presidência do Conselho pelo Secretário de Saúde, especificamente no âmbito Municipal, esvazia a idéia de democracia participativa na medida em que impõe uma ingerência indevida dos governantes no espaço reservado pelo poder constituinte ao exercício direto do poder pela sociedade civil, comprometendo a própria cidadania.

Conforme ensina Barroso (2001, P. 149), o "ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins."

É paradoxal e a incompatibilidade é facilmente detectada por qualquer indivíduo médio. Na verdade, existe uma incompatibilidade constitucional absoluta no exercício da Presidência pelo Secretário de Saúde, Nessa linha, a acumulação dos cargos viola os princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade, findando por macular o próprio princípio republicano.

É da essência do princípio republicano o sistema de freios e contrapesos, vale dizer, o controle sobre os atos de um poder é exercido por outro poder. Em escala menor, os atos de um órgão ou instituição devem ser controlados não apenas internamente, mas também externamente, ou seja, por outro órgão ou instituição.

O controle social exercido pelos Conselhos, inovação trazida pela Carta de 1988, supera o sistema de freios e contrapesos - permite que o próprio povo, titular do poder, que delega a representantes eleitos democraticamente, exerça quase que diretamente a fiscalização dos atos de seus mandatários na realização das políticas de saúde. Nesse sentido é que afirmamos que a Presidência do Conselho fiscalizador pelo próprio destinatário da fiscalização subverte a ordem republicana e constitui retrocesso intolerável, que deve ser enfrentado pelo Ministério Público a fim de garantir a observância por parte do poderes constituídos dos objetivos da República brasileira.

Vale consignar que, à luz das teorias jurídicas modernas sobre democracia e direito, a chefia do Conselho pelo Gestor fiscalizado e que dispõe do conhecimento técnico e político das matérias objeto de deliberação compromete também o princípio democrático, à medida que se torna instrumento de cooptação das forças sociais a serem permanentemente capacitadas para participarem dos debates propositivos.

Nessa perspectiva, a teoria jurídica desenvolvida por Jürgen Habermas introduz a concepção de que a gênese democrática do direito está no procedimento observado nesse espaço público de deliberação, que permite a avaliação normativa das políticas e ao lado da consolidação da democracia representativa dentro da qual o sistema impõe as normas, porém sua validade se afere no espaço de discussão. Discorre o autor que:

> Porém, mudou o efeito ambivalente dos novos direitos que definem as prestações de vida aos usuários. Pois estes conseguiram fortalecer inequivocamente uma configuração autônoma e privada de vida, na medida em que os próprios beneficiários não se contentam em gozar das prestações garantidas de modo paternalista, engajando-se na interpretação dos critérios segundo os quais é possível estabelecer a igualdade jurídica face às desigualdades de fato. (Habermas, 1997, p.170).

E acrescenta citando Güenther:

> No Estado social, o direito não pode diluir-se em política, pois, neste caso, a tensão entre facticidade e validade, que lhe é inerente, bem como a normatividade do direito, se extinguiriam:

"O direito torna-se politicamente disponível, porém, ao mesmo tempo, ele prescreve para a política as condições de procedimento que ela tem que levar em conta para dispor do direito" .(Habermas, 1997, p.171).

A acumulação dos cargos viola ainda, como já mencionado, os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa. Isso porque a confusão entre as figuras do fiscalizador com o fiscalizado impede, às escâncaras, a isenção necessária para a realização do controle sobre os atos do Secretário de Saúde, admitindo uma parcialidade incompatível com a arquitetura constitucional.

3. Conclusão

É por todas as razões expostas que se sustenta: 1 – a inconstitucionalidade das leis estaduais e municipais que prevêem o exercício da Presidência do Conselho de Saúde pelo Secretário de Saúde; 2 – a incompatibilidade entre as funções de Gestor (Secretário de Saúde) e de Presidente do Conselho de Saúde; 3 – a impossibilidade de candidatura do Secretário de Saúde à eleição para Presidente do Conselho de Saúde.

Cabe ao Ministério Público, como guardião do Estado Democrático de Direito, verificar se a presidência nata do Gestor Público é previsão da própria lei, municipal ou estadual, ou, ainda do regulamento do Conselho. Em ambos os casos, é pertinente a expedição de recomendação ao Conselho para alteração da norma ou a propositura de Representação por Inconstitucionalidade da lei.

Caso a lei seja omissa quanto à Presidência, é pertinente a expedição de Recomendação pelo Ministério Público no sentido de que o Secretário de Saúde se abstenha de concorrer ao cargo de Presidente do Conselho, até que se efetive a alteração no regulamento, ou na legislação municipal ou estadual, que impeça o exercício da Presidência pelo mesmo.

Não sendo acolhida a Recomendação ministerial, indica-se a propositura de ação civil pública visando a afastar o Secretário Municipal de Saúde da Presidência do Conselho, com fundamento na absoluta incompatibilidade entre as funções, visto que, como já aduzido, o Conselho é órgão fiscalizador da execução da política de saúde nos seus aspectos econômico e financeiro e que, nesse passo, ofende a lógica e a moralidade atribuir-se ao próprio agente público fiscalizado, gestor das verbas da saúde, a presidência do órgão responsável pela fiscalização de suas contas, inclusive para fins de aprovação e recebimentos de outros recursos.

Referências Bibliográficas

LEITÃO, Sônia Nogueira. É Possível o Controle Social Controlar o Estado? Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Universidade Federal Fluminense, Niterói: [s.n.], 2004.

ALMEIDA, Carla. O marco discursivo da "Participação Solidária" e a nova geração de formulação e implementação de ações sociais no Brasil. In A Disputa pela construção democrática na América Latina/ Evelina Dagnino, Alberto J. Oliveira e Aldo Panfichi (orgs) – São Paulo: Paz e Terra, 2006.

PEREIRA, Rosana Araújo de Sá Ribeiro. Ministério Público intervindo para a execução de políticas sociais visando a promoção, proteção e recuperação da saúde pública. XVI Congresso Nacional do Ministério Público, Ministério Público e Justiça Social, Publicação da CONAMP, Associação Nacional dos Membros do Ministério Público e Associação Mineira do Ministério Público. Belo Horizonte: CONAMP, 2005.

ROULAND, Norbert. Nos confins do direito: antropologia jurídica da modernidade. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003. V – Direito e valores, pp. 223-317.

HELD, David (2007) "Autonomía democrática", "La democracia, la nación-estado y el sistema mundial" em Modelos de democracia, Alianza Editorial, Madrid.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia. Volumes I e II. Rio de Janeiro: Ed.Tempo Brasileiro, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação Constitucional. Ed. Saraiva, 2001.

Site consultado: **ParticipaNetSUS** - www.ensp.fiocruz.br/participanetsus

096

A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELA GARANTIA DE PARTICIPAÇÃO POPULAR NOS CONSELHOS

Nadilson Portilho Gomes, Carmen Burle da Mota, Priscilla Tereza de Araujo Costa e Crystina Michiko Taketa Morikawa

Promotores de Justiça/PA

"O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis" (art. 127, *caput*, da CF/88).

SÍNTESE DOGMÁTICA

1. O Ministério Público do Brasil, como instituição de defesa e de proteção do regime democrático, deve garantir a criação e o funcionamento dos conselhos, órgãos integrantes do poder executivo, com representatividade da sociedade civil organizada, colegiados, autônomos, elaboradores, normativos, deliberativos e fiscalizadores da execução das políticas públicas, ainda, consultivos e mobilizadores.

FUNDAMENTAÇÃO

1. Introdução

A Constituição Federal de 1988 ao mesmo tempo em que previu a incumbência de defesa do regime democrático pelo Ministério Público (art. 127, *caput*), garantiu a participação popular no funcionamento do Estado por meios dos conselhos.

A importância dos conselhos fora não só concebida para garantir a participação popular nas políticas públicas (formulação e elaboração), mas também para fiscalizar a aplicação dos recursos nas áreas correlatas aos mesmos (controle). Ocorre que, os conselhos vêm atuando, por diversas razões, timidamente, não à altura de suas nobres atribuições, especialmente os municipais, frustrando-se a tentativa constitucional de dar efetividade ao princípio democrático e de controle dos atos do poder público.

O Ministério Público deve assumir sua missão de defesa do regime democrático neste país, exigindo a criação e funcionamento dos conselhos, estimulando a participação da sociedade nos mesmos.

2. Objeto

Pretende-se discutir a importância da participação e fiscalização do Ministério Público na exigibilidade de criação e funcionamento dos conselhos, ainda, nos seus fortalecimentos.

3. A atuação do Ministério Público pela garantia de participação popular nos conselhos

O Ministério Público na ordem constitucional brasileira é instituição de defesa do regime democrático (art. 127, *caput*). Nesse sentido, espera-se que o mesmo não garanta apenas a existência de todos os mecanismos e instrumentos democráticos de poder, mas o funcionamento de todos eles, com a participação popular, pois, como assevera TOURAINE, "a democratização não pode ser definida como a passagem do caos à lei ou da massa ao

governo. Ela supõe a organização preliminar de demandas sociais e a autonomia de associações, de sindicatos ou de outros grupos de interesse. Supõe também que se estabeleça um debate cujo espaço é a opinião pública. Se esta for dominada pelo confronto dos partidos, a democracia não terá base". Até porque, além das modalidades explícitas, mas espasmódicas, de democracia direta - o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular (art. 14), a Constituição da República de 1988 aventa oportunidades tópicas de participação popular na administração pública (v.g., art. 5º, XXXVIII e LXXIII; art. 29, XII e XIII; art. 37, § 3º; art. 74, § 2º; art. 187; art. 194, § único, VII; art. 204, II; art. 206, VI; art. 224), as quais não exaurem todo o espírito constitucional de participação, já que a mesma não faz restrição ao direito de reunião (art. 5º, XVI) e, via de regra, impõe à transparência dos atos do poder público (art. 5º, XXXIII e art. 37, *caput*).

Os conselhos surgem dentro de uma nova proposta constitucional de participação mais efetiva da sociedade nas políticas públicas. Podendo ser classificados em: conselhos gestores de programas governamentais (como os de alimentação e transporte escolar); conselhos de políticas setoriais (definidos por leis federais para concretizarem direitos de caráter universal, tais como saúde, educação e cultura); e conselhos temáticos (os quais buscam acompanhar ações governamentais junto a temas transversais que permeiam os direitos e comportamentos dos indivíduos e da sociedade, como direitos humanos, violência, discriminação contra a mulher, negro etc.). É inegável que, pelas suas próprias naturezas que possuam membros da sociedade em suas composições.

Os conselhos, apesar de não serem veículos isolados de controle social, representam espaço importante, pois, pelos mesmos os cidadãos podem acompanhar, fiscalizar e avaliar os serviços públicos e privados. EDELMAN e APARÍCIO sintetizam bem isso quando falam dos objetivos dos sistemas de controle, o que pode ser aplicado aos conselhos: proteção dos ativos dos erros intencionais, ou não, e de quaisquer outras irregularidades que possam surgir; informar o gestor correta e seguramente, permitindo, portanto, que a tomada de decisão seja mais acertada tanto no âmbito interno quanto no âmbito externo; adesão às políticas gerais da organização; controle promovendo uma melhor combinação de esforços; alcançar metas e programas da organização; e promoção da eficiência e a eficácia nas operações pela utilização racional dos recursos.

As desigualdades existentes neste país, reconhecidamente são enormes. Maior concentração de renda do continente, acesso ao saneamento e à água dos 20 % mais pobres inferior aos mais pobres do Vietnã, menor expectativa do negro ao nascer, milhares de crianças e adolescentes privados do acesso à escola (maioria negros e pardos), mais do que a população do Suriname, entre outras mazelas. Sem contar que, as desigualdades regionais, com crianças fora da escola na região Norte duas vezes mais do que na Sudeste, ou as locais, como a da população do campo com as maiores taxas de analfabetismo. Essas desigualdades, portadora de vários aspectos, só podem ser enfrentadas com a participação popular e nada melhor do aproveitar os canais organizados existentes, a par da necessidade de fortalecê-los a cada dia.

Os conselhos no Brasil, órgãos deliberativos, colegiados e fiscalizadores, com representatividade popular, também acabam refletindo as desigualdades locais e regionais, sendo que nas regiões Norte e Nordeste apresentam números de existência abaixo da média nacional. Fazendo sentido aqui a afirmação de BERCOVICI: "O grande problema da Constituição de 1988 é de como aplicá-la, como realizá-la, ou seja, trata-se de uma concretização constitucional". Assim, para dar efetividade à Constituição os conselhos devem ser criados e fortalecidos. Nesse aspecto, vale citar BOBBIO: "Quero dizer que, num regime que se apóia no consenso não imposto a partir do alto, alguma forma de dissenso é inevitável e que apenas onde o dissenso é livre para se manifestar o consenso é real, e que apenas onde o consenso é real o sistema pode proclamar-se com justeza democrática [...] Tudo, portanto, se completa: refazendo o percurso em sentido contrário, a liberdade de dissentir necessita de uma sociedade pluralista, uma sociedade pluralista permite uma maior distribuição do poder, uma maior distribuição do poder abre as portas para a democratização da sociedade civil e finalmente a democratização da sociedade civil alarga e integra a democracia política". Que se concorde ou não, a participação popular deve ser garantida e posições tomadas respeitadas, sendo isso de essência do regime democrático.

Nos municípios brasileiros existem, nessa ordem de prioridade, os conselhos de saúde, de assistência e ação social, de educação, de direitos das crianças e dos adolescentes, de emprego e trabalho, de meio ambiente, de turismo, habitação, transporte, política urbana e outros. Como diz DOMBROWSKY "a disseminação dos conselhos em diferentes setores da administração pública por todo o território nacional, em larga medida impulsionada por normas legais impostas aos municípios", "não implica necessariamente em institucionalização, mas que a base legal que determina a difusão dos conselhos confere a eles certa estabilidade, colaborando assim, para seu enraizamento na sociedade". O que significa que os mesmos devem exercer realmente seus papéis para que ganhem o respaldo social e sejam vistos como órgãos importantes na estrutura democrática, pois são legítimos canais populares e como outras formas de organizações coletivas possuem papel importantíssimo, como bem assinalou BRANT, no que se refere aos movimentos de organização popular: "O bloqueio dos canais institucionais de representação popular – como os partidos políticos, as câmaras legislativas, os sindicatos e associações de massas – estimulou o uso dos laços primários de solidariedade na sobrevivência diária da população. Relações de vizinhança, parentesco, compadrio ou amizade permitiam a proteção imediata dos indivíduos diante de um clima social de medo. Foi em boa parte o desenvolvimento desses laços diretos entre pessoas, que confiavam umas nas outras, que deu origem a vários movimentos de base. Associações comunitárias, grupos políticos de crescimento molecular, comissões de

fábrica, movimentos culturais, clube de mães ou de jovens, grupos de oposição sindical, tendências estudantis, enfim uma variada gama de movimentos localizados e dispersos fundamentava-se na confiança direta entre os seus membros e na consciência de seu desamparo diante das instituições mais vastas".

O Conselho de Saúde teve fortalecimento com a previsão constitucional de participação da comunidade nas esferas de governo (art. 196, CF/88) e pela regulamentação dos conselhos e conferências pela Lei nº. 8.142/90. O de Assistência Social também fora previsto na Constituição Federal (art. 204), com a obrigatoriedade da "participação da população (...) na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis", ganhando impulso com a Lei nº. 8.742/93, que instituiu os conselhos nacional, distrital, estaduais e municipais como "as instâncias deliberativas do sistema descentralizado e participativo de assistência social, de caráter permanente e composição paritária entre governo e sociedade civil" (art. 16). O Conselho de Educação, com amparo constitucional (art. 206), dado o princípio da "gestão democrática", não fora operacionalizado pela Lei de Diretrizes e Base da Educação Nacional (art. 9.394/96). Mas o Conselho do FUNDEF (Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e Valorização do Magistério), tornado obrigatório pela Lei nº. 9.424/96, com a atribuição de supervisionar a aplicação dos recursos provenientes deste fundo e a realização do censo escolar anual no âmbito dos municípios, atual Conselho do FUNDEB (Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação e de Valorização dos Profissionais da Educação), desde 2007, e os conselhos de alimentação escolar, obrigatórios com o Programa Nacional de Alimentação Escolar, desde 2001, com participação de segmentos da sociedade civil, houve um reforço da representatividade formal da comunidade nesse setor. Os Conselhos Escolares também começaram a ganhar formalidade pelo espaço aberto pela L.D.B. (arts. 14 e 15). Os Conselhos de Cidades Municipais tiveram como marco a Lei nº. 10.257/2001, a qual dispora que "os organismos gestores das regiões metropolitanas e aglomerações urbanas incluirão obrigatória e significativa participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade, de modo a garantir o controle direto de suas atividades e o pleno exercício da cidadania" (art. 45). E ganharam força com o Conselho das Cidades (ConCidades), na esfera federal, criado em 2004. Finalmente, os Conselhos Tutelares, exigidos pela Lei nº. 8.069/90 (arts. 131 e seguintes), que poderiam se excetuados desse arrolamento, já que possuem antagonismo próprio, por já gozam de uma maior estabilidade, pela sua prescrição de permanência e autonomia, com atribuições previstas, inclusive algumas de coerção, e por não terem integrantes do Poder Executivo em suas composições eletivas, cujas escolhas de seus membros se dão pelo povo da comunidade. A par da obrigatoriedade legal e de vinculação aos recursos desses conselhos, vale aqui a afirmativa de DOMBROWSKY de que "podemos aceitar as hipóteses mais difundidas pela bibliografia de que a disseminação dos conselhos, de modo geral se deve, por um lado, às pressões dos movimentos populares, e por outro, às estratégias de organismos de crédito internacionais para combater o infindável problema da corrupção típicas dos países subdesenvolvidos e, também, a desmobilização daqueles movimentos pela institucionalização da participação", evidenciada "a marca de nascença que os liga aos movimentos democratizantes em atividade no final da ditadura militar e durante a Assembléia Constituinte na década de 1980 que lutaram por essa garantia legal". O que se quer dizer é que, exigidos por lei ou com vinculação orçamentária, ou construídos e mantidos simplesmente pela iniciativa popular, o Ministério Público deve zelar pelos mesmos para que não sejam alijados pelos particulares e políticos espúrios, os quais não aceitam, nem toleram a participação popular e convivência com opiniões e posições contrárias as suas e aos seus interesses. Isso, também porque "a participação popular nos Conselhos que implementam políticas sociais é necessária, mas não suficiente para uma mobilização reivindicativa de políticas de direitos fundamentais sociais mais abrangente e incisa" (GONÇALVES).

Os conselhos precisam não só ser criados, mas fortalecidos numa forma de coibir as intromissões abusivas, centralizadoras, pelegas e aviltadoras de suas finalidades pelos poderes públicos e particulares, pois "[...] numa sociedade justa, as liberdades entre cidadãos são iguais à tomada como estabelecida; os direitos, sustentados pela justiça, não estão sujeitos a barganhas políticas ou cálculos de interesses sociais [...]", como bem assinalara RAWLS. Nesse sentido, o Ministério Público deve exigir suas criações, acompanhar seus funcionamentos e zelar para que neles não haja intromissões ou fragilidades em suas autonomias, que os impeçam de agir, subtraindo-se sua essência democrática. Na lição de Scott Mainwaring e Mariano Torcal, pensando em institucionalização de sistemas partidários, o que é válido aqui, conforme explicação de DOMBROWSKY "a sociedade deve reconhecer a necessidade da instituição em questão para bom funcionamento do sistema político como um todo. Por fim, tais práticas, instâncias ou organizações não podem ser subordinadas a interesses particulares. Elas devem adquirir um *status* e um valor independente próprio. Quando servem para fins personalistas ou particulares o nível de institucionalização é baixo".

O Ministério Público pode contribuir nessa área mediante a exigibilidade de criação dos conselhos, em todas as esferas de governo, garantindo a participação popular nos mesmo por meio das representações institucionais, com representantes da sociedade civil eleitos em fórum próprio e pela sociedade, zelando pela composição paritária entre governo e sociedade, averiguando a adequação da lei ou outro instrumento jurídico que os criaram e que os disciplinam, fazendo com que sejam viabilizados os exercícios de suas atribuições deliberativas e de controle social, fazendo cumprir suas "decisões", assegurando a liberdade de reunião e de escolha do presidente do conselho pelos seus pares, garantindo a disponibilidade pela gestão de local, horário adequado, estrutura mínima material e pessoal para funcionamento, o repasse de informações necessárias pelo órgão gestor, propiciando

a geração de uma cultura de freqüência das reuniões e colocação em pauta dos problemas existentes e de criação de espaço possível de interlocução entre Estado e Sociedade, tão imprescindíveis à democracia.

É importante a atuação do Ministério Público nessa seara pela sua relevância social como mais um ator interessado na libertação da sociedade das amarras do clientelismo, assistencialismo ou paternalismo, dificuldades de acesso a toda informação pública, da falta de cultura participativa e fiscalizadora, citados como fatores que impedem a participação popular e controle social, por SILVA e ALFRADIQUE, pois, como disse TENÓRIO "na relação sociedade-Estado, a gestão social se efetiva quando os governos institucionalizam modos de elaboração de políticas públicas que não se refiram ao cidadão como "alvo", "meta", "cliente" de suas ações ou, quando muito, avaliador de resultados, mas sim como participante ativo no processo de elaboração dessas políticas. Este processo deve ocorrer desde a identificação do problema, o planejamento de sua solução e o acompanhamento da execução até a avaliação do impacto social efetivamente alcançado".

Por tudo dito, merecem aceitação as palavras de Marie-Pierre Poirier, do UNICEF no Brasil, o que vale para todas as áreas sociais e para todos os grupos, ou seja, para que "os avanços conquistados pelo País alcancem todas e cada uma das crianças e adolescentes, são necessárias a criação e a implementação de políticas públicas que tenham como resultado a efetiva redução das desigualdades em todas as suas dimensões", considerando "fundamental a continuidade e o fortalecimento das articulações entre governamentais e sociais para superação das barreiras existentes". Isso, como visto, não é possível sem a participação da sociedade organizada, de forma que se "a Constituição de 1988 é voltada à transformação da realidade" (BERCOVICI), deve-se colocar em prática todo o seu potencial democrático, pois "o Estado de Direito, concebido e estruturado em bases democráticas, mais do que simples figura conceitual ou mera proposição doutrinária, reflete, em nosso sistema jurídico, uma realidade constitucional densa de significação e plena de potencialidade concretizadora dos direitos e das liberdades públicas. - A opção do legislador constituinte pela concepção democrática do Estado de Direito não pode esgotar-se numa simples proclamação retórica. A opção pelo Estado democrático de direito, por isso mesmo, há de ter conseqüências efetivas no plano de nossa organização política, na esfera das relações institucionais entre os poderes da República e no âmbito da formulação de uma teoria das liberdades públicas e do próprio regime democrático (STF, MS 24831/ DF, rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 22.06.2005, D.J. 04.08.06).

Com o *status* constitucional que possui, com os poderes que tem e instrumentos jurídicos disponíveis, o Ministério Público pode e deve lançar-se em defesa da criação e funcionamento dos conselhos neste país. Não como único instrumento de democratização, mas que seja inserido num plano amplo, de atuação ministerial que priorize a participação da sociedade.

4. Conclusão

O Ministério Público deve empenhar-se na criação, constituição e funcionamento dos conselhos numa forma de preservar, manter e difundir o princípio democrático, espelhado na participação popular. Com isso, há maior possibilidade para que outros direitos sejam também preservados contra os centralismos e absolutismos, pois, na lição de ZAGREBELSKY, em um Estado Constitucional, não há mais "senhores de direito", o direito não é um objeto de propriedade de uns, mas deve ser objeto de cuidado de todos. Não pode, assim, a participação popular ser frustrada pelas diversas formas nocivas de morte e boicote à mesma. "A democracia não pode sobreviver em um sistema em que fiquem desprotegidos os direitos e as liberdades fundamentais" (CAPELLETI).

BIBLIOGRAFIA CITADA

BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 7ª. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 75.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. Revista Inform. Legisl., a. 35, nº. 142, abr./jun. 1999, p. 46.

BRANT, Vinícius Caldeira. Da resistência aos movimentos sociais: a emergência das classes populares em São Paulo. *In*: BRANT, Vinícius Caldeira; SINGER, Paul (Org.). São Paulo: o povo em movimento. Petrópolis: Vozes, 1980, p. 13.

BREMAEKER, François E. J. de. Os Conselhos Municipais existentes no Brasil. Série Estudos Especiais (nº 23). Rio de Janeiro: IBAM/APMC/NAPI/IBAMCO, 2001.

CAPELLETI, M. Juízes Legisladores? Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 106.

DOMBROWSKY, Osmir. Os conselhos vistos por fora: um estudo sobre a institucionalização dos Conselhos Municipais. Tempo da Ciência (14), 27, 1º semestre/2007. Fonte: http//:www. e-revista.unioeste.br

GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. Direitos Fundamentais Sociais. Releitura de uma constituição dirigente. Curitiba: Juruá, 2006, p. 240.

MINWARING, Scott & TORCAL, Mariano. "Teoria e institucionalização dos sistemas partidários após a terceira onda de democratização. Opinião Pública, Campinas, Vol. XI, nº. 2, Outubro, 2005.

TOURAINE, Alain. Palavra e Sangue: política e sociedade na América Latina. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Trajetória Cultural. Campinas: Universidade Estadual de Campinas, 1989, p. 504.

RAWLS, Jonh. Uma teoria da Justiça. Trad. Vamireh Chacon. Brasília: Universidade de Brasília, 1981, p. 27.

TENÓRIO, Fernando Guilherme. Um espectro ronda o terceiro setor, o espectro do mercado: ensaios de gestão social. 2ª ed. Ijuí: Inijuí, 2004, p. 35.

ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil: ley, derechos, justicia. 3ª ed. Trad. Mariná Gascón. Madrid: Trotta, 1999, p. 153.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

EDELMAN, Hugo e APARÍCIO, Rafael. El control interno em empresas del Estado. Ed. Montevidéu. Programa Nacional de Desburocratization, 1992.

SILVA, Gecilda Esteves & ALFRADIQUE, Cláudio Nascimento. A importância da participação popular como forma de controle social de obras públicas e exercício da cidadania. Fonte: http://www2.tce.pr.gov.br . Acesso: Em 07.09.09.

DADOS DOS INDICADORES SOCIAIS CITADOS

IBGE. Diretoria de Pesquisas. Departamento de População e Indicadores Sociais. Pesquisa de Informações Básicas Municipais 1999.

SOARES, Vera & PINHEIRO, Luana Simões. Dados das Desigualdades. Gênero e Raça. Sônia Tiê Shicasho e Radakian Lino (produção de indicadores). Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para a Mulher (UNIFEM) e IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada). Fonte: http://www.planalto.gov.br/seppir/pesquisas_indicadores/raca/presskit/unifem.pdf

Relatório da Situação da Infância e da Adolescência Brasileira de 2009-O Direito de Aprender: Potencializar Avanços e Reduzir Desigualdades. UNICEF: 2009.

Relatório de Desenvolvimento Humano. PNUD: 2006.

098

O MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DOS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS: UMA ATUAÇÃO AFIRMATIVA PACÍFICA EM FAVOR DA CONCRETUDE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Priscilla Tereza de Araujo Costa, Nadilson Portilho Gomes, Crystina Michiko Taketa Morikawa e Carmen Burle da Mota

Promotores de Justiça/PA

"O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis" (art. 127, *caput*, da CF/88).

SÍNTESE DOGMÁTICA

1. O Ministério Público do Brasil possui legitimidade ativa para a defesa dos direitos sexuais e reprodutivos.

2. Os direitos sexuais e reprodutivos devem ser tratados como matéria de ordem pública, por estarem inseridos no direito à saúde, serem reconhecidos como direitos sociais, os quais não podem ter sua efetividade dependente do alvedrio dos gestores públicos e de políticas públicas temporárias.

3. As ações e intervenções do Ministério Público, nessa área, permitem que tensões sociais e conflitos sejam prevenidos e solucionados, para formação de uma sociedade onde os direitos sexuais e reprodutivos sejam efetivos, com direitos fundamentais assegurados, já que sem isso não há dignidade completa.

4. O Ministério Público deve acompanhar e fiscalizar as ações executadas e coibir omissões no campo dos direitos sexuais, engajando-se nessas demandas, trabalhando no fortalecimento de redes voltadas para a promoção do debate público e o monitoramento das políticas públicas com ênfase nas instâncias legais de controle, buscando melhorar a disponibilidade, o acesso e a qualidade dos serviços de saúde sexual e reprodutiva.

5. Em grandes cidades, devem ser criadas Promotorias Especializadas de Direitos Sexuais e Reprodutivos, ou atreladas suas atribuições, de forma clara, a outras compatíveis, existentes, tais como as de Saúde, para que esses direitos não fiquem subalternizados, tratados com menosprezo, indiferença, preteridos diante de outros tidos como mais importantes ou misturados com outros assuntos mais diversos e que não guardam ligação com eles.

6. O Ministério Público deve criar, incentivar e promover fóruns de discussões, reuniões, palestras, conferências e audiências públicas sobre direitos sexuais e reprodutivos, para fortalecimento e disseminação dos marcos legais e normativos de suporte aos direitos sexuais e reprodutivos.

FUNDAMENTAÇÃO

1. Introdução

Os direitos sexuais e reprodutivos são direitos humanos relacionados à sexualidade e à reprodução, os quais devem ser exercidos livres de discriminação. Suas concretizações são um passo à verdadeira modernidade,

onde todos serão reconhecidos como seres humanos. Como disse PÉREZ LUÑO, com "a garantia negativa de que a pessoa não vá ser objeto de ofensas ou humilhações".

Justamente por serem direitos humanos, reconhecidos nas leis nacionais, normativas internacionais e outros documentos consensuais, os direitos sexuais e reprodutivos primam pelo livre exercício e autonomia da sexualidade por todas as pessoas, livres de coerção, discriminação e violência, tanto no que se refere à prática sexual ou a sua negativa, a relações sexuais consensuais, opção de casar, ter filhos, incluídos os serviços de saúde e reprodutivos, o que abrange, inclusive, a educação sexual, sendo esses últimos de caráter obrigatório, dentre outros, devem ser defendidos pelo Ministério Público.

O binômio autonomia da vontade sexual e reprodutiva e saúde no Brasil é matéria de ordem pública, englobando direitos fundamentais (art. 5º, I, II, III, VI, VIII, X, XVI, XVII, XX, XXXIV, XXXV, XLI, XLII, entre outros dispositivos da Constituição Federal de 1988). Ao mesmo tempo em que tais direitos são garantidos aos cidadãos, há a vedação de ingerência do Estado em suas vidas, no aspecto íntimo de suas sexualidades, reprodução e formação de família, o direito à saúde é um dever daquele e direito de todos, previsto constitucionalmente (art. 196). Daí a força que esses direitos possuem no Brasil.

O Ministério Público deve dar impulso à Constituição em vigor, para torná-la efetiva nas práticas sociais, contra todas as impressões, preconceitos, mitos, crenças, culturas que inferiorizam, segregam, e humilham grupos por suas orientações, condições sexuais, sexualidades, obstando-lhes os exercícios de direitos, acesso aos serviços públicos e/ou privados e suas autonomias de vontades, pois como disse Dürig, "a dignidade da pessoa humana pode ser considerada atingida sempre que a pessoa for rebaixada a objeto, a mero instrumento, tratada como uma coisa privada, portanto, de sua condição de sujeito de direitos".

2. Objeto

Pretende-se discutir a importância da atuação do Ministério Público na defesa dos direitos sexuais e reprodutivos como um passo para a concretude dos direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana no Brasil.

3. O Ministério Público na defesa dos direitos sexuais e reprodutivos

O Ministério Público no Brasil "é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis" (art. 127, caput, da CF/88). Disso, conclui-se, categoricamente, que o mesmo tem um papel importantíssimo, em todo processo democrático, de fazer com que os direitos fundamentais sejam respeitados e efetivados no âmbito da vivência social, independentemente das pessoas e do conteúdo dos direitos. Nessa missão de defesa e proteção, estão os direitos sexuais e reprodutivos, ligados diretamente ao direito à saúde, gozando de *status* de novos direitos sociais. Embora, seja impossível deixar de concebê-los como direitos fundamentais aperfeiçoados.

Veja-se que, "tem o Ministério Público legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público e social visando à verificação da situação do Sistema Único de Saúde e sua operacionalização" (STJ, Resp 124.236, Primeira Turma, Relator Min. Garcia Vieira, 31/03/1998, DJU 04/05/1998, p. 84), bem como "está autorizado a ajuizar ação civil pública na defesa da moralidade pública e também para preservar a saúde pública" (CF, art. 129, III)" (TRF1, Ag 1997.01.00.050034-5, 4ª Turma, Relatora Juíza Eliana Calmon, 04/02/1998, DJU 12/03/1998, p. 125). E não só, possui legitimidade para a defesa de direitos individuais indisponíveis (art. 127, caput, CF/88). Lembrando-se que, "o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196)" (STF, RE 393175 AgR/RS, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. 12.12.2006, DJ 02.02.2007, pp. 00140).

Convém situar os direitos sexuais e reprodutivos na presente discussão.

Pressupostos:

São pressupostos dos direitos sexuais e reprodutivos: a) Releva de um fundamento ético e constitui um aspecto essencial dos direitos da pessoa humana, que deve ser traduzido na melhoria da qualidade de vida das populações; b) De que os direitos e liberdades em matéria de saúde sexual e reprodutiva devem ser garantidos aos homens e mulheres e aos casais de todos os estratos sociais; c) Enquanto direitos humanos são universais e intimamente associados aos restantes direitos, devendo ser concebidos globalmente, de forma equitativa e equilibrada, acordando-lhes a mesma importância, tendo sempre em conta as particularidades nacionais, históricas e as especificidades sócio-culturais e religiosas; d) Toda pessoa humana e todos os povos têm direito a participar e de se beneficiar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, no qual os direitos humanos e todas as liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.

Direitos sexuais e reprodutivos

Historicamente os direitos sexuais e reprodutivos tiveram como marco a Declaração dos Direitos Humanos, de 1948, a qual fora responsável por um grande impulso ao debate sobre o "Direito das Mulheres". A Revolução Francesa, de 1789, gerara uma expectativa frustrada sobre o direito das mulheres, até hoje, não resolvida. Em 1968, em Teerã, na Conferência Internacional de Direitos Humanos, foram reconhecidos, pela primeira vez, como direitos humanos. Ocorre que, os novos tempos acabaram por obrigar a reflexão e práticas contínuas envolvendo os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres. A Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena, de 1993, enfatizara a característica dos direitos humanos como universais, indivisíveis e interdependentes, reconhecendo às mulheres e meninas direitos humanos inalienáveis. A Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, de 1994, e a Quarta Conferência Mundial sobre a Mulher, de Beijing, de 1995, referendaram os direitos sexuais e reprodutivos, estabelecendo estratégias para implementações de ações com meta da equidade de gênero. A par de políticas de intervenção na autonomia reprodutiva e no exercício da sexualidade, dominadas por preconceitos, estereótipos e intenções de dominação, novos dilemas apareceram com as descobertas científicas, como a inseminação artificial, colocando os direitos sexuais e reprodutivos como assuntos de primeira ordem.

Não taxativos, são direitos sexuais e reprodutivos: 1) **Direito à vida** – espelhado na proibição de que nenhuma mulher, em virtude da gravidez, deve ter a sua vida ameaçada ou em risco; de que nenhuma criança ou adulto pode ter sua vida ameaçada ou em perigo, em razão de sexo; e de que nenhuma pessoa deve ver sua vida ameaçada ou em risco por falta de acesso aos serviços de saúde e/ou à informação, conselhos ou serviços de saúde sexual e reprodutiva; 2) **Direito à liberdade e segurança** – pelo reconhecimento de que toda pessoa é livre de poder desfrutar e de controlar a sua vida sexual e reprodutiva, no direito pelo respeito dos outros; ainda, de que toda pessoa tem o direito de não ser submetido à intervenção médica relativa à sua saúde sexual reprodutiva, sem o seu pleno consentimento e informação; e de não estar sujeita ao assédio sexual, ao medo, vergonha, culpa, mitos, crenças, ou outros fatores psicológicos que prejudiquem o seu relacionamento sexual ou resposta sexual; 3) **Direito à igualdade e de ser livre de todas as formas de discriminação** – pela proibição clara de que ninguém deve ser discriminado, ou ser vítima de violência, em relação à sua vida sexual e reprodutiva e no acesso aos cuidados de saúde; e de que todas as pessoas têm direito à igualdade de acesso à educação/informação, incluindo ao aconselhamento e serviços de saúde sexual e reprodutiva; 4) **Direito ao respeito pela vida privada ou direito à privacidade** – consistente na privacidade e confidencialidade das informações pessoais dos usuários e de que as mulheres têm direito de efetuar escolha autônoma em matéria de reprodução, incluindo as opções relacionadas ao aborto seguro, ainda, e de que todas as pessoas têm o direito de exprimir a sua orientação sexual, sempre respeitando o bem estar e os direitos dos outros; 5) **Direito à liberdade de pensamento** – Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão relativa à sua vida sexual e reprodutiva; Toda pessoa tem direito à proteção contra quaisquer restrições por motivos de pensamento, crença e religião, no acesso ao serviço, à educação e informação relativas à sua saúde sexual e reprodutiva; Os profissionais de saúde só podem invocar a objeção de consciência para recusar o fornecimento de serviços de saúde e reprodutivos em caso de ser possível o atendimento por outro profissional, ressalvado casos de emergências; 6) **Direito à informação e educação** – Toda pessoa tem direito a receber uma educação e informação corretas e completas sobre a sua saúde sexual e reprodutiva, sem estereótipos ou sexismo, de forma objetiva, crítica e pluralista; ainda, tem o direito de receber uma educação e informação suficiente, de forma a assegurar que quaisquer decisões relacionadas com a sua saúde sexual e reprodutiva, sejam exercidas com o seu consentimento pleno, livre e informado; de igual forma, de receber informações completas quanto às vantagens, eficácia ou risco associados a todos os métodos de regulação da fertilidade e prevenção da gravidez não desejada; 7) **Direito de escolher se casar ou não e de planejar sua família** – Toda pessoa tem direito de ser protegida contra a obrigação de se casar sem o seu pleno consentimento e de ter acesso aos serviços de saúde sexual e reprodutiva, incluindo casos de infertilidade; 8) **Direito de decidir ter ou não filhos e quando** – Toda mulher tem o direito de acesso às informações, à educação e aos serviços necessários a uma maternidade e aborto sem risco, que deve ser acessível, prático e aceitável; ainda, toda pessoa tem direito ao acesso à gama mais ampla possível de métodos seguros, eficazes e aceitáveis de regulação de nascimentos; ainda, de escolher e de utilizar um método seguro de proteção contra a gravidez não desejada que seja seguro e aceitável para ela; 9) **Direitos aos cuidados e à proteção da saúde** – Toda a pessoa tem direito de beneficiar de um gama completa de serviços de saúde sexual e reprodutiva de qualidade, incluindo a informação, o aconselhamento em matéria de gravidez e esterilidade, o acesso a todos os métodos de regulação da natalidade e aos cuidados de saúde sexual e reprodutiva, bem como a continuidade na prestação dos mesmos; 10) **Direito de se beneficiar dos progressos da ciência** – Toda a pessoa deve poder se beneficiar das novas tecnologias em matéria de saúde reprodutiva seguras e reconhecidas, incluindo as relacionadas com a esterilidade e a contracepção;e toda a pessoa deve estar protegida contra todos os efeitos nocivos para a saúde e bem-estar, de técnicas empregadas e estar informada sobre o assunto; 11) **Direito à liberdade de reunião e de participação política** - Toda a pessoa tem direito de associação que visa promover o bem estar em matéria de sexualidade e reprodução, e de influenciar os governos para que a saúde e os direitos nessa matéria sejam uma prioridade dos mesmos; 12) **Direito de não ser submetido à tortura e a tratamento desumano ou degradante** - Não só todas as crianças têm o direito à proteção contra todas as formas de exploração, especialmente

da exploração sexual, da prostituição infantil, corrupção sexual e de todas as formas de abusos, violências e assédio sexuais, como toda a pessoa tem direito à proteção contra a violação, a agressão, o abuso e assédio sexuais. Disso, vê-se que os direitos sexuais e reprodutivos abarcam o direito de atenção à saúde sexual e reprodutiva, o direito à autodeterminação sexual e à autodeterminação reprodutiva.

Nem todos os direitos sexuais e reprodutivos encontram-se positivados no Brasil. Nem por isso, devem merecer o descaso ministerial. São exemplos de atuação prática, levantadas, na área de defesa e proteção dos direitos sexuais e reprodutivos por parte do Ministério Público as seguintes ações: contra a discriminação em razão de orientação sexual em programa televisivo, de impossibilidade de restrição de doação de sangue com fundamento na orientação sexual, de possibilidade de doação de órgãos entre parceiros do mesmo sexo, do direito de recebimento de prêmio de seguro de DPVAT pelo companheiro no caso de morte do beneficiário, de direito de realização de cirurgia de transgenitalização pelo Sistema Único de Saúde, de possibilidade de inscrição de companheiros como dependentes no Regime Geral da Previdência, de coibição e prevenção de violência e discriminação contra a mulher, de desnecessidade de autorização judicial ou permissão estatal para interrupção de gravidez no caso de feto anencefálico, de vedação de negativa de registros de documentos pela orientação sexual, de proibição de obrigatoriedade de exame de HIV por prostitutas, de extensão e aplicação da união estável aos companheiros do mesmo sexo, reconhecida a entidade familiar entre os mesmos, entre outros. Embora, os direitos sexuais não consistam apenas nisso, e "as questões sexuais e reprodutivas dos adolescentes, das pessoas com deficiência mental, a violência doméstica e sexual contra as mulheres e meninas, a mortalidade materna, o acesso ao planejamento familiar, dentre outros" "apresentem limitação que merecem cuidado especial", como falado por Rosemary Barber-Madden, Representante do UNFPA no Brasil, no prefácio da obra de Miriam Ventura "Direitos Reprodutivos no Brasil".

Veja-se que as defesas dos direitos sexuais e reprodutivos envolvem uma mudança de cultura, a bem dizer, da que reproduz violências sexistas, gera opressão pela negativa de exercício das liberdades sexuais e reprodutivas. Nesse sentido, muito o Ministério Público pode contribuir para que as discussões, debates, conflitos, tensões e problemas envolvendo os mesmos sejam encarados por um viés livre de discriminações e visões distorcidas que conduzem a perpetuação de violências e legitimação de desigualdades sociais, notadamente de cunho sexual e reprodutivo.

Por assim dizer, as defesas e proteções dos direitos sexuais e reprodutivos não dispensam estratégias "afirmativas" e "transformativas", utilizando-se os conceitos de NANCY FRASER. Todas operam inclusão, apesar das primeiras estarem voltadas para "reavaliação positiva" das identidades desvalorizadas, indevidamente, e as segundas para a "desconstrução" das identidades sociais, colocando em questão a validade do critério produtor da diferença. As quais são benéficas diante da real impossibilidade de se trabalhar apenas com as judicializações dos problemas, as quais não põem fim, apesar de contribuírem, para a controvérsia cultural e estigma social em torno desses direitos, pois o reconhecimento dos mesmos conduz ao desafio de desconstruir a ideologia da figura do outro a partir de parâmetros supostamente universais e abstratos, de valorizar o ser humano em todas as suas dimensões e de coibir e reprimir práticas de violências, mesmo simbólicas. Aproveitando isso, basta dizer que "a sociedade não é mantida por laços físicos, mas por laços invisíveis de pensamento comum. Se esses laços afrouxarem, os membros irão à deriva", como bem disse DEVLIN.

Também, não podem ser desprezados como direitos que podem esperar, já que condizentes com a autonomia da vontade (liberdade) e dignidade (igualdade). Como bem diz JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES "...é uma razão bastante forte para defender o fim das discriminações pelo exercício da liberdade sexual, dessa parte da vida que nos liga diretamente a outro ser humano e indiretamente a todos seres humanos. A autonomia tem uma história recente entre nós. Não terá mais do que duzentos anos como idéia-força da vida social e da moral pública. Essa história recente é ainda mais recente e frágil em sociedades como a brasileira, em que não é difícil encontrar os que afirmam que a autonomia e as liberdades civis não são as primeiras questões de nossa vida pública.(...) Creio que não há nada de questão menor nesse ponto. Nesse ponto, creio que dizer algo nesse sentido, que a liberdade individual, inclusive a liberdade sexual é menor ou pode esperar, significa colocar a pessoa humana abaixo de objetivos falsamente mais altos. O argumento é típico dos que não valorizam a autonomia e acreditam que alguém está acima do próprio sujeito para determinar-lhe a vida. O argumento é encontradiço entre os que têm convicções religiosas (sejam elas religiosas no sentido vulgar, sejam elas convicções políticas com o caráter absoluto da verdade típico das convicções religiosas). A falsidade disso está em que essa espécie pressupõe muitas vezes um todo universal ('a sociedade') que existe acima e fora dos sujeitos que o compõem. Ora, a noção de autonomia que fundou o constitucionalismo moderno rejeita esta idéia normativa. Para o liberalismo, as pessoas não existem para a sociedade, para a família, para a tradição, para a religião, para uma outra coisa qualquer. Logo, não se pode, sem boas razões, submeter a autonomia dos sujeitos a fins que ele não escolheu e cuja realização não elimina a possibilidade de outros escolherem e realizarem fins diferentes. A liberdade, compreendida no limite do respeito simultâneo e compatível com igual liberdade de outrem, não é objeto de transação, pois se trata de um fim inerente à própria natureza humana, cuja proteção é a razão de um estado de direito constitucional".

Os direitos sexuais e reprodutivos são direitos dos homens e mulheres e revelam a vedação do sexo ser fator de discriminação e preconceito. Nesse sentido, vale transcrever as palavras de JOSÉ AFONSO DA SILVA: "O sexo

sempre foi um fator de discriminação. O sexo feminino esteve sempre inferiorizado na ordem jurídica, e só mais recentemente vem ele, a duras penas, conquistando posição paritária, na vida social e jurídica, à do homem. A Constituição, como vimos, deu largo passo na superação do tratamento desigual fundado no sexo, ao equiparar os direitos e obrigações de homens e mulheres. Ao fazê-lo, dir-se-ia desnecessário fazer expressas proibições de *discrime* com base no sexo (art. 3º, IV, e art. 7º, XXX), embora ela própria o tenha feito, como lembramos acima, a favor das mulheres (arts. 41, III, e 202). A questão mais debatida feriu-se em relação às discriminações dos homossexuais. Tentou-se introduzir uma norma que a vedasse claramente, mas não se encontrou uma expressão nítida e devidamente definida que não gerasse extrapolações inconvenientes. Uma delas fora conceder igualdade, sem discriminação de orientação sexual, reconhecendo assim, na verdade, não apenas a igualdade, mas igualmente a liberdade de as pessoas de ambos os sexos adotarem a orientação sexual que quisessem. Teve-se receio de que essa expressão albergasse deformações prejudiciais a terceiros. Daí optar-se por vedar distinções de qualquer natureza e qualquer forma de discriminação, que são suficientemente abrangentes para recolher também aqueles fatores [orientação sexual], que têm servido de base para desequiparações e preconceitos".

Como os direitos sexuais e reprodutivos estão em construção, porque nem todos são claros e prontos, dados não serem todos reconhecidos pelas leis e pelas culturas, o Ministério Público não terá solução para todos os problemas envolvendo os mesmos, mas só assumirá sua verdadeira missão quando se lançar numa atuação esforçada voltada para a efetivação dos direitos fundamentais como um todo, não deixando partes sem proteção. Em outras palavras, espera-se também que, por meio dele, esses direitos ganhem um espaço valorizado nas demandas sociais e que o mesmo em uma etapa de consolidação da democracia amplie e crie novas alianças para que se avance no exercício desses direitos e alcance de metas traçadas nos documentos nacionais e internacionais.

Estará o Ministério Público assumindo uma atuação ativa nessa seara com a criação de Promotorias especializadas e capacitação de membros e servidores. Inclusive e especialmente, com o envolvimento e atuação nessas questões tão importantes para a dignidade humana, já que todo o complexo de problemas, conflitos e tensões que as envolvem não podem ser enfrentadas apenas com respostas judiciais, incapazes, na maior parte das vezes, de frear uma cultura preconceituosa e discriminatória.

4. Conclusão

"Tudo tem um preço ou uma dignidade. Aquilo que tem um preço pode ser muito bem substituído por qualquer outra coisa, a título de equivalente; ao contrário, Aquilo que é superior a todo preço, aquilo que, por conseguinte, não admite equivalente, é isto que possui uma dignidade" (KANT). Assim, o que não se pode permitir é que o descaso tome conta dos gestores públicos, políticos e aplicadores do direito e que os direitos sexuais e reprodutivos sejam vistos como de categoria subalterna, até mesmo pela população. Por possuírem ligação extremada com a dignidade da pessoa humana devem, sim, ser elevados aos *status* que possuem, sem equivalente.

Impossível não vislumbrar que os direitos sexuais e reprodutivos mantêm ligação íntima com o direito à saúde, direito de autonomia, de afirmação, de igualdade e liberdade, não sendo meros direitos sociais de novos tempos, mas direitos fundamentais de primeira linha, já que aperfeiçoam o exercício dos direitos mais basilares do ser humano.

Quando se fala de dignidade humana estão em jogo direitos fundamentais. Isso é suficiente para a atenção devida. Nesse aspecto, cumprem sua sorte as palavras de HESSE: "Como direitos subjetivos, fundamentadores de *status*, os direitos fundamentais são direitos básicos jurídico-constitucionais do particular, como homem e como cidadão. Estes ganham seu peso material especial por eles estarem na tradição dos direitos do homem e do cidadão, na qual seus conteúdos, nos Estados constitucionais ocidentais, converteram-se em princípios de direito supra-positivos e elementos fundamentais da consciência jurídica; diante do seu foro, nenhuma ordem pode pretender legitimidade, que não incorpore em si as liberdades e direitos de igualdade garantidos pelos direitos do homem e do cidadão".

O reconhecimento e efetivação dos direitos sexuais e reprodutivos inauguram uma nova face da valorização do ser humano, levada a sério por um prisma, antes considerado privado, como se as violações de direito, nessa área, fossem tratados como problemas dos indivíduos e não da sociedade. Não se podendo desconsiderar, nesse processo, as dores daqueles oprimidos, aviltados, violentados, humilhados ao longo de toda a história social. "Para os indivíduos, portanto, a experiência dessa desvalorização social traz consigo normalmente uma perda da auto-estima, da oportunidade de se enxergarem como seres cujos traços e habilidades devem ser estimados. Portanto, a espécie de reconhecimento de que esse tipo de desrespeito priva a pessoa é a aprovação social de uma forma de auto-realização que ele ou ela teve de descobrir, a despeito de todos os obstáculos, com o encorajamento da solidariedade de grupo. Naturalmente, cada um só pode relacionar essas espécies de degradação social consigo enquanto pessoa individual, já que os padrões estabelecidos e institucionalizados de auto-estima foram historicamente individualizados, isto é, porque esses padrões se referem valorativamente às habilidades individuais antes que coletivas. Por isso, essa experiência de desrespeito, como a de negativa de direitos, está ligada a um processo de mudança histórica", conforme afirmado por HONNETH.

Aqui vale, para concluir que, a assertiva do Procurador da República MARCELO VEIGA BECKHAUSEN: "Na verdade, não apenas pode, mas deve o Ministério Público assumir a defesa de quaisquer direitos ou interesses, sempre que revelada conveniência para a sociedade como um todo, independentemente de tratar-se de interesses e direitos que podem, por igual, ser judicialmente defendidos por eventuais prejudicados perfeitamente identificáveis" (em ação civil pública proposta em Porto Alegre/RS, de 20.06.01).

BIBLIOGRAFIA CITADA

DEVLIN, Patrick. "Morals and the Criminal Law." *In*: R. DWORKIN (ed.), *The Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1991, p. 74.

DÜRIG, G. Der Grundsatz der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. I in Verbidung mit Art, 19 Abs. II des Grundgesetzes. *In: Archiv des Öffentlichen Rechts (AöR)*, n. 81, 1956, p. 9.

FRASER, Nancy. Redistribution or Recognition? A political-philosophical exchange. Londres: Verso, 2003.

HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998, pp. 232-233.

HONNETH, Axel. *The Struggle for Recognition: The Moral Grammar of Social Conflicts*. Cambridge, Mass.: The MIT Press, 1996, P. 134.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Liberdade e direitos sexuais - o problema a partir da moral moderna. Em Defesa dos Direitos Sexuais. Roger Raupp Rios (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp. 62-63.

PÉREZ LUÑO. Derechos Humanos. Estado de Derecho y Constitución. Madrid: Tecnos, 1984, pp. 317-318.

KANT, Emanuel. *Fondements de la Métaphysique de Moeurs*. Trad. Victor Delbos. Paris: Ed. J. Vrin, 1980, pp. 112-113.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. *In*: Repertório IOB de Jurisprudência: Civil, Processual, Penal e Comercial, São Paulo,nº. 3, Caderno 3, p. 47-51, fev. 1996.

VENTURA, Miriam. Direitos Reprodutivos no Brasil. 2 ed. Fundo de População das Nações Unidas (UNFPA), 2004.

DADOS DOS INDICADORES SOCIAIS CITADOS

http/:www.prsp.mpf.gov.br

http://www.ippfwhr.org

CONSELHO Nacional de Combate à Discriminação. Brasil Sem Homofobia: Programa de combate à violência e à discriminação contra GLBT e promoção da cidadania homossexual. Brasília: Ministério da Saúde, 2004.

099

O MINISTÉRIO PÚBLICO E A MOBILIZAÇÃO POPULAR

Nadilson Portilho Gomes, Carmen Burle da Mota, Priscilla Tereza de Araujo Costa e Crystina Michiko Taketa Morikawa

Promotores de Justiça/PA

"O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis" (art. 127, *caput*, da CF/88).

"A cidadania é o direito a ter direitos, pois a igualdade em dignidade e direitos dos seres humanos não é um dado. É um construído da convivência coletiva, que requer o acesso ao espaço público. É este acesso ao espaço público que permite a construção de um mundo comum através do processo de asserção dos direitos humanos" (Hannah Arendt).

SÍNTESE DOGMÁTICA

1. O Ministério Público do Brasil deve assumir, como Instituição de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, a defesa efetiva da sociedade, o que não se restringe à atuação com os instrumentos jurídico-formais, mas mediante articulação com a mesma e diante da própria mobilização popular, garantida com a interlocução com todos os atores sociais dos mais diversos segmentos.

2. A mobilização popular reforça a missão institucional de compromisso com a defesa dos valores mais supremos numa ordem democrática, não podendo ser relegada a uma situação dos outros, mas de todos, onde deve ser garantida e protegida como espaço fundamental de manifestação, participação da sociedade e de sentido natural das aspirações sociais.

FUNDAMENTAÇÃO

1. Introdução

Com a Constituição Federal de 1988, o Ministério Público no Brasil ganhara *status* no ordenamento jurídico sem precedentes (art. 127 e seguintes). A par de suas nobres funções, fora lhe atribuído um peso de ação marcante e de protagonismo na defesa social, como diz Hugo Nigro Mazzili "uma posição até então jamais alcançada, com garantias de Poder de Estado". Também, como disse ARANTES, "instituição estatal *sui generis*, capaz de fiscalizar e cobrar políticas públicas dos órgãos governamentais (...), recorrendo ao judiciário, se preciso for".

As funções previstas de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis colocaram em xeque novas questões, já que a indefinição desses conceitos abertos obriga a todos a novas discussões sobre paternalismo, peleguismo e populismo institucional e sobre o questionamento dos limites da atuação e escolha de ação dos membros do Ministério Público nas questões postas. Isso, sem contar qual o papel a ser assumido pelo Ministério Público na ordem democrática?

Um dos caminhos possíveis para atenuar um centralismo da Instituição na defesa democrática deve caminhar no fortalecimento da sociedade por meio da mobilização popular. De um lado, como estratégia de exigibilidade de

direitos e composição de conflitos pelas próprias massas. De outro, como um filtro de atuação para situações mais relevantes, de criação e mantença de um canal permanente de interlocução com os diferentes segmentos da sociedade.

2. Objeto

Pretende-se discutir a importância e papel do Ministério Público na mobilização popular.

3. O Ministério Público e mobilização popular

A missão de defesa do regime democrático, de incumbência do Ministério Público, não fora definida conceitualmente na Constituição Federal de 1988, por razões óbvias. Primeiro, "para um regime democrático, o estar em transformação é seu estado natural: a democracia é dinâmica, o despotismo é estático e sempre igual a si mesmo" (BOBBIO). Segundo, isso é dispensável porque ele decorre e se fundamenta nos pilares de "Representação, Consentimento Popular e Constituição" (GOYARD-FABRE). Esse grande avanço legal trouxe indagações sobre a forma do exercício desse *munus*.

Como defender e proteger algo em constante evolução. O caminho não seria outro, a não ser pelo reconhecimento e participação das coletividades, respeitados os princípios, valores e cláusulas pétreas que sustentam a República.

O Ministério Público na defesa do regime democrático atua não só judicialmente, mas extrajudicialmente, mesmo ante a falta de instrumentos previstos em leis, pode lançar mãos de todos os meios disponíveis, desde que lícitos, não defesos, já que a defesa do regime democrático está entre suas missões natas. Em síntese, a investidura dessa defesa permite à Instituição uma defesa ampla da essência do Estado Democrático de Direito, o qual só pode ser tomado em seu sentido coletivo, plural e com construção por todos. Assim, não se exige do mesmo o protagonismo da mobilização popular, mas o reconhecimento de ser ele um ator importante para comunicação, transparência, conciliação, ainda, respeito pelas organizações sociais. Nesse sentido, impossível não ver essa sua atuação, na prática, em vários desdobramentos do princípio democrático ou da participação popular, materializados em reuniões, palestras, audiências públicas etc.

A mobilização popular é uma das formas pelo qual o Ministério Público opera na defesa do próprio regime democrático. Segundo ANTONIO LINO a mobilização popular ou social "é um processo educativo que promove a participação (empoderamento) de muitas e de diferentes pessoas (irradiação) em torno de um propósito comum (convergência)". Assim, "não é só evento, mas também processo, não só reivindicação, mas também projeto de futuro, não só quantidade, mas também qualidade, não só paixão, mas também razão", como bem assevera esse autor. Inclusive que "uma das maneiras mais eficientes de despertar as pessoas e promover a sua participação é a mobilização social, ferramenta que está ao alcance de todos e tem um papel fundamental na superação da cultura", diga-se, daquela nociva, legitimadora das desigualdades sociais. Inclusive que, "a mobilização social é um modo de construir a democracia e a participação. É um modo de construir um país em que todos promovem uma vida digna para todos". Veja-se que, a mobilização não é obra exclusiva de iniciativa da Instituição, logicamente, mas pode ser fomentada pela mesma numa estratégia de fortalecimento popular, já que nada a proíbe que o faça.

Dizer que mobilização social é processo implica no reconhecimento de que "não se limita às manifestações públicas, às passeatas, às convocações em praça pública, ainda que eventos deste tipo tenham um papel muito importante" e que se traduz num processo, mais geral e complexo, educativo pelo qual "as pessoas vão aprendendo e incorporando cada vez mais a prática da participação social às suas vidas", com pertencimento da realidade pelas pessoas, resultando em seus empoderamentos, pela promoção de suas iniciativas, fazendo com que acreditem, como o são, potencialmente, "capazes de resolver os problemas que afetam diretamente suas vidas" (ANTONIO LINO). O grande trunfo de fomentar a mobilização popular é justamente essa, a de fazer com que a própria comunidade busque solucionar e enfrentar os seus problemas, sem procurar, primeiramente, o subterfúgio da procura da "judicialização" da demanda, esperando em outros atores a redenção para suas mazelas e dificuldades.

Vale dizer também que, ANTONIO LINO trabalha com mobilização como movimento de irradiação, significando abrangência qualitativa (mais pessoas despertadas para o exercício da participação social), pluralidade (participação deve envolver todos) e organização social (resultado do tecido social forte), pois como disse o mesmo "mobilizar não é só juntar pessoas para resolver emergências. As mudanças acontecem de fato se a sociedade se articular em torno de um projeto de futuro coletivo. Se o propósito for passageiro, o processo de mobilização vira um evento, uma campanha". Assim, mobilizar não é sinônimo de arregimentar e organizar a população para participar de programas e projetos sociais, mas tem conteúdo mais amplo, voltado para a transformação social.

A iniciativa do Ministério Público, nessa área, traduz-se em grandes avanços para a democracia, já que reconhecidas as dificuldades de defendê-la a contento na sociedade brasileira existente e, muito menos de forma isolada, como o salvador da pátria, o que conduziria, supostamente, na criação da imagem de um "super poder", não condizente com as próprias limitações políticas e de poder de qualquer órgão numa estrutura democrática e mesmo pessoal e humana de seus membros. Assim, permitindo a reanimação da vida republicana com o estímulo à mobilização,

participação popular e ao associativismo, o Ministério Público estaria contribuindo para o dinamismo social, inerente e de essência do regime democrático.

A mobilização está ligada à participação popular, que "é tema que se depreende como inevitável conseqüência da descentralização político-administrativa. Estando o poder mais próximo do cotidiano das pessoas, em tese, mais facilmente se estabelece o diálogo entre sociedade civil e Estado" (GONÇALVES).

O Ministério Público estará atuando em defesa do regime democrático quando apóia, estimula, colabora com todas as formas de mobilização popular, por meio de reuniões, palestras, audiências públicas, participando de eleições, entre outros. Às vezes, essas atuações proporcionam o não ingresso de ações judiciais ou, em caso positivo, em quantidade reduzida, somente naqueles casos em que a sociedade não conseguira encontrar uma solução satisfatória ou entendeu ser melhor que outro autor buscasse pleitear os direitos ou interesses.

Não basta promover para o todo sempre ações em defesa da sociedade, judicialmente ou não, preterindo a mesma desse processo, sob o risco desse caráter redundar-se num peleguismoe/ou centralismo institucional e na disseminação da cultura de hipossuficiência crônica da sociedade brasileira. NATÁLIA SOARES diz que LOPES "verifica, com a análise das ações civis públicas propostas na Justiça Federal do Rio de Janeiro entre os anos de 1989-1997, que é grande a predominância do Ministério Público como autor 141 desse tipo de ação, demonstrando ter a instituição maior capacidade de iniciá-las, com relação aos demais legitimados. Aponta que, ao contrário da realidade encontrada em pesquisa realizada por Mauro Capelletti e Bryant Garth sobre o acesso à justiça, na qual foram apontadas as associações civis como interlocutores mais eficientes na defesa dos direitos coletivos que instituições burocráticas como o Ministério Público, no Brasil, a instituição vem se tornando "vocalizadora" dessas demandas. Isso se daria, em especial, porque a sociedade civil brasileira não está tão organizada como em países de tradição democrática mais consolidada". SOARES atenta para o fato de que "é o Ministério Público a entidade mais atuante na defesa dos direitos transindividuais, um monopólio de fato, muito embora não tenha o monopólio legal, situação verificada em algumas pesquisas empíricas realizadas sobre a matéria", embasada em SADEK, VIANNA & BURGOS e LOPES.

Sem dúvida, a grande questão posta situa-se no perigo do Ministério Público servir como tutor social "ad eternun" ou em assumir uma postura ativa no fortalecimento da mobilização social. Nesse sentido, o caminho mais acertado parece ser o de reconhecer a autonomia dos movimentos sociais e de suas organizações em relação à administração pública e demais atores, não arregimentando lideranças ou adotando posturas paternalistas com os movimentos, mas fazendo alianças, parcerias com base na igualdade de condições e diálogo aberto, preservadas as especificidades do Estado e da Sociedade, com o propósito de que haja participação ampla e abertura de canais de entendimento, muito melhores do que a judicialização dos conflitos.

A mobilização popular constitui-se num espaço tão amplo e aberto, não se restringindo àqueles da sociedade civil propriamente dita, mas expande-se para lugares impensáveis, como por exemplo, salas de aulas e reuniões de funcionários. Por esse aspecto, possui um uma dimensão ilimitada de atuação e penetração, dependendo da criatividade dos autores. O que se quer dizer com isso é que, a mobilização pode se dá às portas fechadas, com grupos determinados, embora não seja o mais recomendável, mas também com toda a coletividade, em espaços abertos a todos.

GOHN (pp. 83-88) mapeia os movimentos sociais entre os seguintes: os que dizem respeito à questão urbana, inclusão social e condições de habitabilidade na cidade; os de mobilização e organização popular em torno de estruturas institucionais de participação na gestão político-administrativa da cidade; os de movimentos pela educação; os ao redor das questões da saúde; de demandas nas área dos direitos; os contra o desemprego; decorrentes de questões religiosas de diferentes crenças, seitas e tradições religiosas; dos sem-terras, desempregados e moradores de ruas; os movimentos contra as políticas neoliberais; os fóruns de mobilização da sociedade civil; os movimentos de cooperativas populares; dos atingidos pelas barragens, hidroelétricas, implantação de áreas de fronteiras de exploração mineral ou vegetal etc.; movimentos sociais no setor das comunicações. Diante desses o Ministério Público pode atuar, inclusive perante as ONGS e Terceiro Setor.

O mito de que todo movimento social é desordeiro constitui-se numa forma de tolher e inviabilizar esse grande espaço e instrumento de aperfeiçoamento democrático, o qual encontra limite apenas nas Leis e na Constituição Federal. "O respeito à lei e à autoridade da Constituição da República representa condição indispensável e necessária ao exercício da liberdade e à prática responsável da cidadania, nada podendo legitimar a ruptura da ordem jurídica, quer por atuação de movimentos sociais (qualquer que seja o perfil ideológico que ostentem), quer por iniciativa do Estado" (STF, ADI 2213 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 04.04.02, DJ. 23.04.2004, pp. 00007). Se o limite é esse, os movimentos sociais também não podem ser abolidos, simplesmente, mas, de regra, maximamente preservados, só cedendo ao interesse público, como bem fez o STF, quando garantiu direito de greve aos servidores públicos civis, impondo-lhes a continuidade dos serviços essenciais (STF, MI 708/DF, Mandado de Injunção, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 25.10.2007, DJe 206, p. 31.10.2008); STF, MI 670/ES, Mandando de Injunção, Rel. Min. Maurício Corrêa, Rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, tribunal Pleno, j. 25.10.2007, DJe 206, p. 31.10.2008). Veja-se que a nota do interesse público é sempre o da coletividade, como bem disse Celso Antônio Bandeira de Mello "como sendo o interesse resultante do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fatos de o serem".

Finalmente, como deve ser a atuação do Ministério Público na mobilização popular? Veja-se que não há uma resposta definitiva, pois o assunto exige muito estudo e as práticas sociais não são fixas. De antemão e de forma incipiente, pode-se dizer que jamais o Ministério Público deve tomar para si a liderança dos movimentos, pois isso os desnatura, mas reconhecer-lhes a autonomias, permitindo que existam por si mesmos. Como é de essência de uma sociedade democrática, deve permitir que os movimentos não sejam castrados por pessoas interessadas nos seus declínios (políticos, gestores públicos, empresários etc.), nem alijar pessoas, grupos, movimentos e seus argumentos por questões sexuais, de raça, credo, religião, entre outras. Deve proporcionar interlocução freqüente com os demais atores sociais, por iniciativa própria ou daqueles. Não optar por caminhos acabados e definitivos nas controvérsias, mas por aqueles que "reconheçam diferenças e a existência de conflitos como partes constitutivas do ser humano na sociedade" (GOHN, p. 45). Mirar na paz, como propósito, durante, e fim, mas como desfecho onde os conflitos não sejam apenas mascarados e abafados, para eclodirem maiores e mais turbulentos, posteriormente. Sempre considerar nos movimentos "suas metodologias de trabalho (estratégias, linhas de ação, intervenção, organização e meios e formas de comunicação) e a cultura política que os articulam (valores, princípios e práticas políticas); em suma, avaliar como constroem as suas produções identitárias" (GOHN, p. 111-112). Respeitar as peculiaridades locais e regionais, incluindo-se seus antagonismos. Não arregimentar lideranças ou adotar posturas paternalistas em relação a alguns movimentos. Não criar dependência do movimento com relação ao Ministério Público, evidenciando os limites de atuação do Órgão e suas reais possibilidades de ação no plano legal e institucional.

4. Conclusão

A operacionalização e o estímulo para o exercício da democracia podem e devem ser empreendidas pelo Ministério Público. Como disse MARTINS, "...cabendo à comunidade dos profissionais do Direito, através do engenho doutrinário e da coragem funcional, contribuir para que os direitos subjetivos inscritos no texto da Lei Maior – o direito à Democracia – efetivamente se materialize num regime em que a vontade cidadã seja exprimida na sua plenitude".

A construção coletiva de democracia é benéfica para todos, pois atenta para a responsabilidade de todos e coloca a importância da própria sociedade em evidência. Vale aqui o que bem disse CANOTILHO: "Um dos desafios com que se defronta este constitucionalismo moralmente reflexivo consiste na substituição de um direito autoritariamente dirigente, mais ineficaz, através de outras fórmulas que permitam completar o projeto da modernidade – onde não se realizou – nas condições complexas da pós-modernidade. Nessa perspectiva, certas formas já apontadas de "eficácia reflexiva" ou de "direcção indirecta" – subsidiariedade, neocorporativismo, delegação – podem apontar para o desenvolvimento de instrumentos cooperativos que, reforçando a eficácia, recuperem as dimensões justas do princípio da responsabilidade apoiando e encorajando a dinâmica da sociedade civil. Além disso, devem-se considerar superadas as formas totalizantes e planificadas globais abrindo caminho para acções e experiências locais (princípio da relevância) e dando guarida à diversidade cultural (princípio da tolerância)".

O regime democrático só pode se tornar efetivo nas práticas sociais se houver a existência de um complexo sistema de complementariedade e interdependência entre os Poderes do Estado, Ministério Público, Defensoria Pública, órgãos promotores de justiça e administrativos, imprensa, sociedade civil organizada e cidadãos na defesa e proteção dos direitos fundamentais, coletivos, difusos, individuais homogêneos, voltado não para a predominância de uns sobre os outros, mas caracterizado pela participação e respeito ao princípio argumentativo, diferenças, primados da justiça e paz social.

Os conflitos e tensões existentes não são podem ser causas justificadoras da inação e da atuação isolada, para desprezar os movimentos sociais e negar-lhes, ao menos, existência e diálogo.

O verdadeiro plano constitucional-democrático, que incumbiu ao Ministério Público sua defesa, não se conformou com apenas instrumentos jurídico-legais, mas com atuação perante as redes articulatórias, no âmbito das ações coletivas, junto com outras entidades da sociedade civil organizada.

"Cabe ao Estado democrático de direito encontrar soluções consensuais, pactuadas, que dêem respostas aos problemas e aos conflitos embutidos" (GONH, p. 40). Nesse sentido, ele mesmo, o Estado, e seus agentes não podem virar as costas para as demandas sociais como se fossem algo contra eles e nocivo à sociedade, agindo com preconceito diante de uma das formas mais naturais e legítimas de transformações, mudanças e evolução sociais. Senão, por muito tempo, a seguinte afirmação de Marilena Chauí fará muito sentido:"Apesar disso, o Brasil, país capitalista, caracteriza-se por ser uma sociedade autoritária e hierarquizada em que direitos os diretos do homem e do cidadão simplesmente não existem. Não existem para a elite, de vez que ela não precisa de direitos porque tem privilégios. Está, pois acima deles. Não existem para a imensa maioria da população – os despossuídos -, pois suas tentativas de consegui-los são sempre encaradas como problemas de polícia e tratadas com todo rigor do aparato repressor de um Estado quase onipotente".

BIBLIOGRAFIA CITADA

ARANTES, Rogério Bastos. Ministério público e política no Brasil. São Paulo: Educ/Sumaré, 2002, p. 104.

BOBBIO, Noberto. O Futuro da democracia. São Paulo: Paz e Terra, 2004, p. 19.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2ª. ed. Coimbra: Coimbra, 2001, p. XXII.

CHAUÍ, M. Os direitos humanos. Folha de São Paulo, de 07.09.86), *In*: BUFFA, Ester. *Et alli*. Educação e Cidadania. São Paulo: Cortez, 2007, p. 28, (Coleção Questões da Nossa Época; v. 19).

GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. Direitos Fundamentais Sociais. Releitura de uma constituição dirigente. Curitiba: Juruá, 2006, p. 196.

GOHN, Maria da Glória. O protagonismo da sociedade civil. Movimentos sociais, ONGs e redes solidárias. 2 ed. São Paulo: Cortez, 2008, p. , (Coleção Questões de Nossa Época; V. 123).

GOYARD-FABRE, Simone. O que é democracia? São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 127.

LINO, Antonio. Mobilização Social. Fonte: http://www.museudapessoa.net/ummilhao/biblioteca/mobilizacaosocial.pdf. Acesso: 06.07.2009.

LOPES, Julio Aurélio Vianna. Democracia associativa e Constituição de 1988: o novo Ministério Público brasileiro. Rio de Janeiro: dissertação de mestrado em ciência política do Instituto de Pesquisas do Rio de Janeiro, 1998, pp. 136-149.

MARTINS, Fernando Barbalho. Do Direito à Democracia. Neoconstitucionalismo, Princípio Democrático e a Crise no Sistema Representativo. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 223.

MAZZILI, Hugo Nigro. Ministério Público. 3ª ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005, p. 19.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 13 ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2001, p. 59.

SADEK, Maria Tereza. O Ministério Público Federal e a administração da justiça no Brasil. São Paulo. IDESP/Sumaré, 1998.

SOARES, Natália Lourenço. O Ministério Público brasileiro e o neoconstitucionalismo: uma análise doutrinária. Dissertação de Mestrado. Fonte: Faculdade de Direito do Recife/UFPE, 2008.

VIANNA, L. W. & BURGOS, M. Revolução Processual do Direito e Democracia Progressiva. *In*: VIANNA, L. W. (ORG.). A democracia e os três poderes no Brasil. Belo Horizonte, UFMG, 2002, p. 337 - 491.

100

MINISTÉRIO PÚBLICO DA EDUCAÇÃO: VISÕES DE UMA ATUAÇÃO DIFERENCIADA EM PROL DE TODOS

Nadilson Portilho Gomes, Carmen Burle da Mota, Priscilla Tereza de Araujo Costa e Crystina Michiko Taketa Morikawa

Promotores de Justiça/PA

"O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis" (art. 127, *caput*, da CF/88).

SÍNTESE DOGMÁTICA

1. O Ministério Público, como instituição basilar na sociedade, deve defender, com prioridade e absoluta firmeza, o direito à educação no Brasil (do acesso ao ensino, à escola, à permanência nos estudos, ao êxito e ao progresso escolar), para todas as pessoas, especialmente pobres que dependem do ensino público, para cumprimento de sua missão constitucional.

2. A defesa e proteção, efetiva, do direito à educação pelo Ministério Público, uma de suas missões natas, deve ser feita com sua aproximação da escola, interlocução com os estudantes e da comunidade escolar, como um todo, para que haja um fortalecimento de todos os envolvidos nesse campo.

3. Devem ser criadas Promotorias de Justiça especializadas na área de Educação em todo o Brasil, dadas suas importâncias, judicial e extrajudicial estruturadas, com membros e servidores capacitados.

4. O Ministério Público deve manter-se a par de todas as alterações legislativas e administrativas que acontecem na área educacional, possuindo banco de dados com as informações educacionais, disponíveis a todos seus agentes e servidores, como ferramenta de trabalho em busca de solução para os problemas constatados.

FUNDAMENTAÇÃO

1. Introdução

Os dados oficiais demonstram que a educação neste país não tem sido tratada da forma correta, ou melhor, com a importância que possui como mecanismo de emancipação e fortalecimento do povo, sendo um direito (art. 205 da CF/88 e art. 2º da Lei nº. 9394, de 20.12.96).

A Educação no Brasil ainda mantém alguns dos piores índices no mundo, apesar dos avanços conquistados. DIMENSTEIN chega a falar em "tragédia educacional" brasileira. O problema é tão grave que muitas pessoas sequer têm direito ao acesso à escola, também crianças e adolescentes são vítimas do risco educacional, as que estudam, aprendem errado, com distorções que a fazem está em séries sem terem condições de estarem ali, desestimulando-as a seguirem em frente. Sem contar que, constatam-se problemas ainda primários como a evasão, falta de espaço escolar adequado, materiais didáticos, merenda, transporte escolar, de professor, entre outros. Ainda, há a mazela de profissionais despreparados (sem qualificação ou sem capacitação), desmotivados, desacreditados, a existência de muitos temporários lotados e tirados ao alvedrio do gestor, a qualquer hora, no caso das escolas públicas, prejudicando a continuidade do ensino, a ausência de programas curriculares, de inobservância de respeito ao conteúdo mínimo das disciplinas e da carga horária letiva. Os planos municipais de educação, conselhos municipais de educação e conselhos escolares quando existentes, não funcionam na prática, a contento. Tudo isso e outras mazelas ilustram a tal tenebrosa tragédia educacional brasileira.

O Ministério Público pode e deve, pelas importantes funções que possui contribuir, decisivamente, para melhoria da Educação no Brasil e ao respeito a esse direito social, basilar para a democracia.

2. Objeto

Pretende-se discutir a importância da presença, participação e fiscalização do Ministério Público na escola e em toda área educacional, para fortalecimento da sociedade.

3. Ministério Público da Educação: visões de uma atuação diferenciada em prol de todos

O Ministério Público, conforme previsão constitucional (art. 127, *caput*), tem missão importantíssima na melhoria da sociedade brasileira, já que lhe são asseguradas funções de defesa dos direitos sociais, entre eles o da educação. Veja-se que o legislador fora sábio ao prever isso no Texto Máximo, pois nenhum regime democrático, com defesa também atribuída à Instituição Ministerial, pode ser tomado como coerente e efetivo sem que seja assegurado o direito à educação e o respeito aos direitos indisponíveis. Assim, o funcionamento da justiça, o respeito à ordem jurídica, ao regime democrático e aos direitos sociais e indisponíveis se deram as mãos na Constituição Brasileira, elegendo o Ministério como um dos seus atores principais para defender, proteger e buscar a realização dos objetivos da República, de construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º da CF/88). Não sendo **à toa**, assim, o reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal de que "cuidando-se de tema ligado à educação, amparada constitucionalmente como dever do Estado e obrigação de todos (CF, art. 205), está o Ministério Público investido da capacidade postulatória, patente a legitimidade *ad causam*, quando o bem que se busca resguardar se insere na órbita dos interesses coletivos, em segmento de extrema delicadeza e de conteúdo social tal que, acima de tudo, recomenda-se o abrigo estatal (STF, RE 163231/SP, rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, j. 26.02.97, DJ 29.06.01).

Verifica-se da análise dos dados estatísticos que mais de 500 mil crianças não estão inseridas na escola, além disso, os altos índices de reprovação, evasão escolar e baixo desempenho dos alunos brasileiros - o desempenho dos estudantes brasileiros é semelhante aos dos 20% piores estudantes da França e Estados Unidos, ocupando a segunda pior posição em repetência escolar da América Latina e Caribe (18, 7%) - comprova que muito há de ser realizado nessa área. Por este motivo, a escola pública deve ganhar uma injeção de ânimo e ser encarada como prioridade no contexto das políticas públicas do Brasil, pois "nenhum país do mundo se desenvolveu sem uma boa escola pública", "nenhuma sociedade se desenvolveu sem incorporar a grande maioria dos seus cidadãos ao bem viver" (GADOTTI, p. 91).

"A Carta de Brasília pela Educação", de 14.09.07, pela qual o Ministério Público dos Estados, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e o Ministério Público Federal, reconheceram a necessidade da Instituição, como órgão fiscalizador e fomentador da implementação de políticas públicas, por seus membros, participar das redes institucionais em prol do direito humano à educação em todos os níveis, assumindo o compromisso de priorizar a efetivação do direito à educação fora de grande valia, já que se traduz num marco em prol de um ativismo em favor da educação. Os compromissos assumidos foram de realizar ações de implementação em todos os Estados e no Distrito Federal de Ação Nacional por uma educação pública de qualidade, de participação nas Conferências Nacional e Estaduais da Educação Básica, articulação, colaboração e fiscalização das ações dos Conselhos Estaduais e Municipais do FUNDEB, articulação com o Ministério da Educação no sentido de prestar aos Estados e Municípios e ao Ministério Público Assessoria Técnica, bem como capacitação dos gestores, membros do Conselho de Acompanhamento do FUNDEB e membros dos Ministérios Públicos, articulação e acompanhamento permanente das ações do PDE – Plano de Desenvolvimento da Educação. Remetem, assim, à própria necessidade da Instituição de "conhecimento da área, participação, articulação, colaboração, fiscalização", como estratégia de fortalecimento da sociedade em todo esse processo democrático.

O Ministério Público só pode, realmente, desempenhar sua missão na defesa do direito à educação se aproximar-se da realidade educacional e nada melhor para isso, constitui-se no conhecimento dos indicadores escolares, presença na escola (direta ou indireta) e interlocução com todos os atores sociais envolvidos, especialmente a comunidade do estabelecimento de ensino (alunos, pais ou responsáveis, professores e demais trabalhadores do espaço estudantil). A ciência dos problemas existentes no universo escolar possibilita a intervenção positiva em favor dos valores e dos direitos educacionais com os instrumentos jurídicos disponíveis (judiciais e/ou extrajudiciais) e práticas compositivas, pois é preciso conhecer para poder agir. Conhecer para entender, intervir e interagir, especialmente, articular para fortalecer e continuar o funcionamento da rede de esforços voltados para superação dos problemas encontrados.

Parece improvável que algo dê certo nesse campo educacional, o descentralizado, existente no Brasil formalmente a passos lentos, sem o envolvimento de todos os atores sociais, como bem assinalou GADOTTI (p. 58): "só tem condição de funcionar a favor da democratização, da qualidade dos serviços públicos e da transparência

administrativa (que evita corrupção), na medida em que contar com uma sólida estrutura de participação efetiva da população". Nesse sentido, a atuação mais abalizada do Ministério Público, por mais trabalhosa que seja, não deve se dá de forma isolada, deve incluir, obrigatoriamente, a participação da sociedade nos problemas a serem solucionados e enfrentados. Assim, um Ministério Público da Educação só pode ser viabilizado com o envolvimento de todos. De um lado, fortalece-se a sociedade e de outro valoriza-se a Instituição Ministerial.

Com a importância do Ministério Público, suas relevantes funções e instrumentos jurídicos disponíveis muito o mesmo contribuirá para o êxito da Educação no Brasil e, consequentemente, com um verdadeiro regime democrático.

A atuação do Ministério Público diante dos problemas escolares é recente, a partir da Constituição Federal de 1988, daí a necessidade de aperfeiçoamento desse seu agir para que não cometa o efeito inverso ao desejado nessa seara. Nesse sentido, a aproximação com os atores envolvidos no processo educacional habilita o Ministério Público a uma ação mais acertada, na medida em que todos são ouvidos e não discriminados, tornando-se integrantes do processo decisório e participativo. E isso pode ser feito não só com meros os expedientes solicitando ou requisitando providências, recomendações, mas com visitas *in loco* nos prédios ou locais de ensino, participando das reuniões dos conselhos, fazendo palestras, promovendo audiências públicas e nas próprias atividades escolares abertas a comunidade, em geral. Seja por presença direta (pessoal) na escola, seja por meio de pessoas encaminhadas para fazerem visitas, estudos, relatórios de levantamentos de situações, avaliações de desempenhos, laudos, o que subsidiará a atuação, o Ministério Público passa a conhecer, pelo menos, num primeiro momento, os problemas mais aparentes do universo escolar, podendo pleitear a adequação do espaço escolar e se estão sendo observados os princípios previstos na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº. 9394, de 20.12.96) e respeitados os demais direitos atinentes à educação. E não só, pois dos problemas escolares podem ser percebidos outros que merecerão atuação da Instituição.

Veja-se que, nem sempre a presença pessoal do membro do Ministério Público pode ser dispensada, já que o mesmo deve manter diálogo permanente com a comunidade escolar para que esta se sinta respeitada e fortalecida. Em outras palavras, para que se rume, efetivamente, para uma democracia escolar que vise "a transformação do poder" (FREIRE, P. & MACEDO, D), "a redistribuição democrática dos poderes de decidir sobre os problemas educativos, designadamente no interior das escolas. Necessariamente com outros, e não sobre outros, procurando construir colectivamente regras e estruturas mais livres, mais justas e democráticas, um futuro mais próximo e mais inventável e manejável por parte dos actores escolares organizacionalmente localizados" (LIMA, L.). Isso, sem contar, a necessidade de se buscar aproximar a gestão e a escola, pois "[...] hoje, a distância entre órgãos centrais (principalmente os gabinetes dos Secretários) e as escolas fruto da tecnocracia que se instalou com os regimes autoritários – é uma das principais causas do nosso atraso escolar" (GADOTTI, pp. 60-61).

O envolvimento dos membros do Ministério Público na área educacional depende de preparação e organização, não pode ser tomada de forma amadora e misturada aos demais trabalhos existentes. Pelas peculiaridades das questões envolvidas, complexidades e importâncias, os assuntos e questões atinentes à educação (merenda, transporte, prédios escolares, estudantes, professores etc.) não podem ficar num limbo comum. Nesse sentido, a necessidade de capacitação para atuação e criação de Promotorias de Justiça de Educação, especializadas, em todo o país, Estados, Municípios, quantas forem necessárias. A existência de agentes ministeriais e servidores preparados, envolvidos com a área educacional, e Promotorias especializadas representam um marco na otimização, operacionalização e, propriamente, cuidado com a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Os problemas escolares e educacionais são complexos e não podem ser tratados amadoristicamente. Só para ter uma idéia, segundo FERRARO "[...] a noção de exclusão, desdobrada em exclusão da escola e exclusão na escola, podia dar unidade teórica a toda uma série de fenômenos, correntemente conhecidos como não-acesso à escola, evasão, reprovação e repetência, todos relacionados com o processo escolar, mas tratados com freqüência de forma estanque. A exclusão escolar na forma de exclusão da escola compreende tanto o não acesso à escola, quanto o que habitualmente se denomina da escola. Já a categoria exclusão na escola dá conta da exclusão operada dentro do processo escolar, por meio dos mecanismos de reprovação e repetência. Dessa forma, as distintas realidades captadas de forma imediata como o não-acesso, a evasão, a reprovação e a repetência ganhariam unidade primeiramente sob as categorias analíticas de exclusão da escola e exclusão na escola e finalmente sob o conceito mais geral de exclusão escolar". E não para nisso, já que, como disse CURY, "sabemos todos que a distribuição de renda e da riqueza no país determina o acesso e a permanência dos estudantes na escola. Sabemos também que o aumento da permanência de estudantes na escola depende da realização do direito ao saber, sob um padrão de qualidade possível de ser incrementado. E sabemos também que não se deve exigir da escola o que não é dela, superando a concepção de uma educação salvífica e redentora. Problemas há na escola que não são dela, mas que estão nela e problemas há que são dela e obviamente podem estar nela". Daí, não poderem ser enfrentados de forma isolada e tratados de forma estanque. Até mesmo as peculiaridades étnicas e culturais de cada região devem ser respeitadas, nesse processo.

O importante mesmo dessa atuação na área educacional pelo Ministério Público é que ao engajar-se na defesa do direito de estudar, conforme o texto constitucional, acaba contribuindo para construção de uma nova

ordem. Como disse SEVERINO, ao colocar, segundo GRAMSCI, que a educação "[...] tem também um potencial contra-ideológico, apesar de estar articulada prevalentemente à reprodução da ideologia da classe dominante [...]. A educação tem, assim, grande significado estratégico contra a ideologia dominante, na medida em que se pode formar os intelectuais de outras classes, habilitando-se a sistematizar organicamente a concepção de mundo de classes". Isso é fundamental numa democracia onde a escola não pode ser manietada por problemas ligados à má gestão, falta de estrutura, omissões e improbidades, pois "a autonomia da escola move-se segundo limites que a especificam e a pressionam em sentidos por vezes não muito claros, condicionando a natureza dos seus projectos educativos (mais ou menos modernizantes ou burocráticos, compensatórios ou industriais, elitistas ou conservadores) e também os seus dialectos locais de justiça. Daí também que a autonomia, sobretudo se concebida num contexto de descentralização, proporciona aos diferentes actores educativos viverem num mundo múltiplo e em que o campo dos possíveis relativamente às acções permanece aberto" (ESTÊVÃO). É um sentido amplo que a educação deve ter, diga-se, o mais amplo possível, para não aprisionar, como diz ADORNO "[...] está justificada a suspeita dos antigos críticos culturais, segundo a qual num mundo em que a educação é um privilégio e o aprisionamento da consciência impede de qualquer modo o acesso das massas à autêntica vivência das formações espirituais, não mais importam tanto os conteúdos ideológicos específicos quanto o fato de que simplesmente haja algo preenchendo o vácuo da consciência expropriada e desviando a atenção do manifesto segredo".

Com o *status* constitucional que possui, com os poderes que tem e instrumentos jurídicos disponíveis, o Ministério Público pode e deve lançar-se em defesa da educação neste país, da autonomia do ensino, da escola, da participação popular e de todos os valores e princípios atinentes à Educação, pois quanto maior o envolvimento de todos, maior o fortalecimento da educação e da cidadania, enfim, do próprio regime democrático.

4. Conclusão

Em síntese, a Constituição Federal de 1988 conferiu ao Ministério Público atribuições que o tornaram instrumento essencial do Estado Democrático de Direito. Seu perfil constitucional permite chamá-lo de guardião da sociedade e de seus interesses constitucionalmente assegurados, de forma que a amplitude do campo de atuação do *Parquet* e a sua independência são fatores diretamente proporcionais à consecução do bem-comum, objetivo final do Estado. Assim, a definição das atribuições do Ministério Público de forma a garantir o cumprimento de seu papel institucional e sua instrumentalização devem ser privilegiados por ele mesmo na área educacional. Em seu art. 127, *caput,* a Constituição Federal de 1988 classifica o Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional de Estado e elege como suas incumbências a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Suas funções institucionais estão enumeradas no art. 129, cujo exame revela a dimensão que o legislador constituinte pretendeu conferir ao Ministério Público, pois, além de sua atuação no inquérito policial e no processo penal, o *Parquet* atuará como guardião dos direitos constitucionalmente assegurados, inclusive quando atacados pelos próprios poderes públicos (inciso II); do patrimônio público e social (III); da constitucionalidade dos atos normativos (IV); dos direitos e interesses das populações indígenas (V); dos interesses difusos e coletivos (III); entre outras atribuições. Ressalte-se que o rol do art. 129 é meramente exemplificativo, nos termos do inciso IX (*exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade*). Portanto, o legislador constituinte originário não considerou a melhor solução restringir a função do Ministério Público àquelas hipóteses expressamente previstas na Constituição Federal. Ponderou que, em face da relevância de sua atuação, deveria deixar clara, antes que algumas vozes sustentassem o contrário, a possibilidade de extensão da atividade do *Parquet* a outros casos que escapassem à sua previsão naquele momento. O legislador, portanto, permite o exercício de outras funções, desde que compatíveis com sua finalidade e, como não poderia deixar de sê-lo, a defesa da educação em toda sua inteireza se encontra dentre as atribuições mais importantes dos membros da Instituição Ministerial.

Defender o direito à educação é defender o exercício da cidadania. Sem educação a democracia fica irremediavelmente comprometida, com bem disse HESSE: *"Em tudo, democracia é, segundo seu princípio fundamental, um assunto de cidadãos emancipados, informados, não de uma massa de ignorantes, apáticos, dirigida apenas por emoções e desejos irracionais que, por governantes bem intencionados ou mal intencionados, sobre a questão do seu próprio destino, é deixada na obscuridade".*

O papel do Ministério Público na área educacional deve ser o de engajar-se no processo como um todo, para cumprimento das suas atribuições de fiscalização dos recursos públicos e de observância dos princípios constitucionais. Acima de tudo, para formação de uma mentalidade libertadora, de valorização do ensino e de inclusão social, preferindo-se, sobretudo a execução do serviço educacional e seu funcionamento, a rigor de qualidade.

A aproximação da comunidade é o maior e mais forte instrumento do Ministério Público para garantir o exercício do direito à educação e o funcionamento de todo o sistema, por meio do atendimento ao público, palestras, reuniões e fiscalizações, formando uma "rede social de controle", com professores, diretores, merendeiras, médicos, conselheiros tutelares, membros de organizações civis e outros, os quais funcionarão como "vozes sociais"

engajadas no melhoramento do ensino e na sua prestação a todos, pois é "a merendeira que sabe quando há falta de merenda na escola", e assim por diante.

Uma luta deve ser travada, por toda a sociedade, árdua e possível pelo acesso das pessoas à escola e melhoramento do ensino neste país. De um lado pela valorização do ser humano e como antídoto à violência. "O que o mundo social fez, o mundo social pode, armado deste saber, desfazer. Em todo o caso é certo que nada é menos inocente que o laissez-faire: se é verdade que a maioria dos mecanismos econômicos e sociais estão no princípio dos sofrimentos mais cruéis, sobretudo os que regulam o mercado de trabalho e o mercado escolar, não são fáceis de serem parados ou modificados, segue-se que toda política que não tira plenamente partido das possibilidades, por reduzidas que sejam, que são oferecidas à ação, e que a ciência pode a ciência pode ajudar a descobrir, pode ser considerada como culpada de não dar assistência à pessoas em perigo" (BORDIEU, P.). Nesse sentido, o Ministério Público e a ciência jurídica podem, em muito, contribuir não só contra a "produção do fracasso escolar", mas contra o "fracasso premeditado" e o "fracasso possível". O primeiro, o já existente denominado por PATTO. Esses dois últimos, conforme SPOSATI: "[...] Chamo de fracasso premeditado aquele resultante da omissão da ação das autoridades, das políticas públicas; o fracasso possível é aquele decorrente de condições eventuais e circunstanciais". Completa: "[...] Considerar eticamente a existência de fracasso premeditado é um choque; este é, sem dúvida alguma, quase criminoso". Em outras palavras, aqueles que podem, devem impedir que a violência cresça na sua forma mais terrível, porque silenciosa, cancerígena e alimentadora de males, a do fracasso escolar, tomado no seu sentido de falta de acesso ao ensino e à educação de má qualidade, cabresta, pelega e de faz de conta.

Se a mobilização popular e os termos de ajustamentos de conduta não derem certo, salvo se outras medidas rigorosas não forem necessárias desde o início, não haverá outro posicionamento a ser tomado, senão a propositura de ações civis, de improbidades e denúncias criminais pelo Órgão Ministerial, fazendo valer a sua missão constitucional, de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, conforme previsto no art. 127 da CF/88. Porém, mecanismos consensuais de resolução de conflitos devem ser assumidos como regra, especialmente nesta área, onde os atores envolvidos devem estar convencidos da importância da atuação do Ministério Público e pelo fato da Educação não se coadunar com centralismo, monopólio, dirigismo, mas com participação popular, respeito pelos profissionais da área e busca incessante por inclusão social e qualidade do ensino.

As criações e funcionamentos de Promotorias de Justiças especializadas, com agentes capacitados e envolvidos na área educacional, com suporte para atuação, impõe-se, como uma forma do Ministério Público assumir a defesa de sua verdadeira missão constitucional.

A luta por novos e melhores dias para a juventude e toda a sociedade brasileira só pode ter como ponto de partida a efetivação do direito à educação, "como antídoto à marginalização social que encaminha as pessoas à mendicância, à prostituição e à delinqüência" (MAIOR NETO), merecedoras de formação que venha no futuro credenciá-las como agentes responsáveis pela tarefa indicada, como um dos objetivos da República Federativa do Brasil, de criar uma sociedade livre, justa e solidária, entre outros. "Se se quer uma justiça social torna-se necessária uma justiça escolar" (CRAHAY, M.). E veja-se que nem nos referimos à justiça das práticas escolares, mas à mínima, a de, pelo menos, do acesso e permanência na escola, embora as outras sejam também de direito. Sim, o acesso à escola como passo para cidadania, com a criação de oportunidades para o crescimento e desenvolvimento do ser humano. Sem isso, não há como vencer o caos.

BIBLIOGRAFIA CITADA

ADORNO, T. W. Crítica cultural e sociedade. *In*: COHN, G. (org.). Theodor W. Adorno. Grandes Cientistas Sociais. V. 54. São Paulo: Editora Ática, 1994, p. 87.

BORDIEU, P. A miséria no mundo. Petrópolis: Editora Vozes, 1997, p. 735.

CURY, Carlos Roberto Jamil. A Educação básica no Brasil. In: Educação Social, Campinas, v. 23, nº. 80, setembro de 2002, p. 169.

CRAHAY, M. L'École Peut-Elle Être Juste Et Efficace? De l'Égalité dês chances à l'Égalité dês Acquis. Bruxelles: De Boeck Université, 2000, p. 29.

DIMENSTEIN, Gilberto. O Cidadão de Papel. A infância, a adolescência e os Direitos Humanos no Brasil. São Paulo: Editora Ática, 2004, p.163.

ESTÊVÃO, Carlos. Justiça e Educação. A justiça plural e a igualdade complexa na escola.Coleção Questões da Nossa Época. V. 86. São Paulo: Cortez, 2001, pp. 78-79.

FERRARO, A. Diagnóstico da escolarização no Brasil. *In*: Revista Brasileira de Educação, São Paulo, nº. 12, set./dez., 1999, p. 24.

FREIRE, P. & MACEDO, D. Alfabetização. Leitura do Mundo, Leitura da Palavra. São Paulo: Paz e Terra, 1990, p. 36.

GADOTTI, Moacir. Escola Cidadã.12ª ed. São Paulo: Cortez, 2008 (Coleção Questões da Nossa Época; v. 24), p. 58, 60-61, 91.

HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Tradução portuguesa por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 318.

LIMA, L. Organização Escolar e Democracia Radical. Paulo Freire e a Governação Democrática da Escola Pública. São Paulo: Cortez Editora, 2000, pp. 101-102.

MAIOR NETO, Olympio de Sá Sotto. Ato Infracional, Medidas Sócio-Educativas e o Papel do Sistema de Justiça na Disciplina Escolar. Leoberto Narciso Brancher, Maristela Marques Rodrigues, Alessandra Gonçalves Vieira (Orgs.). *In*: O Direito é Aprender. Brasília: FUNDESCOLA/PROJETO NORDESTE/MEC, 1999, p. 63.

PATTO, M. H. S. A produção do fracasso escolar: histórias de submissão e rebeldia. São Paulo: T. A. Queiroz, 1996.

SEVERINO, A. J. Educação, ideologia e contra-ideologia. São Paulo: EPU, 1986, p.45.

SPOSATI, A. Exclusão social e fracasso escolar. Em aberto: Brasília, v. 17, nº. 71, jan./2000, p. 23.

http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/carta_de_brasilia.pdf

DADOS DOS INDICADORES SOCIAIS CITADOS

Aspectos Complementares de Educação, Afazeres Domésticos e Trabalho Infantil. Suplemento da pesquisa nacional por amostra de domicílio (Pnad) de 2006. IBGE: 2008.

Relatório de Desenvolvimento Humano. PNUD: 2007/2008

Relatório de Desenvolvimento Humano. PNUD: 2006

Relatório de Desenvolvimento Humano. PNUD: 2005

Relatório de Desenvolvimento Humano. PNUD: 2004

Relatório da Situação da Infância e da Adolescência Brasileira de 2009-O Direito de Aprender: Potencializar Avanços e Reduzir Desigualdades. UNICEF: 2009.

Relatório de Monitoramento Global de Educação para Todos. UNESCO: 2009.

110

O MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES E A DESNECESSIDADE DE ATUAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL

Robson Renault Godinho*

Promotor de Justiça/RJ

Síntese dogmática: O Ministério Público é constitucionalmente legitimado para a defesa dos direitos individuais das crianças e adolescentes como substituto processual e, nesses casos, é desnecessária a atuação de curador especial em favor dos substituídos.

1. Introdução

A presente tese pretende oferecer resposta à seguinte indagação: agindo o Ministério Público como substituto processual em favor de criança e/ou adolescente, há necessidade de atuação de curador especial para a defesa dos direitos do substituído? Ou seja: em ações ajuizadas pelo Ministério Público na seara da infância e da juventude, há necessidade de intervenção de curador especial para proteger a situação jurídica da criança ou do adolescente?

Para a confecção deste trabalho, inspiramo-nos, basicamente, na experiência que vem acontecendo no Estado do Rio de Janeiro[1], em que a Defensoria Pública vem intervindo em processos ajuizados pelo Ministério Público em favor de crianças e adolescentes, na condição de curadores especiais, normalmente sem até que tenha havido prévia nomeação pelo juízo.

Essa atuação provoca o extravagante quadro em que, à míngua de nomeação judicial, curador especial intervém em processo a título de defender direitos que já estão sendo tutelados por substituto processual.

Como procuraremos demonstrar, trata-se de situação tecnicamente equivocada e faticamente despropositada, causando um injustificado tumulto processual e ensejando o efeito perverso de dificultar a tutela de direitos invocados para legitimar uma atuação despropositada.

2. O Ministério Público como substituto processual[2]

Embora não seja nenhuma novidade outorgar ao Ministério Público a condição de substituto processual, há certo desconforto na doutrina e na jurisprudência quando se deparam com ações ajuizadas pelo Ministério Público para a defesa de direitos individuais.

Em recente estudo sobre a substituição processual, Araken de Assis, por exemplo, ao discorrer sobre a necessidade de autorização legislativa para que haja substituição processual, ilustra bem essa perplexidade ao afirmar que *"o Ministério Público não se legitima a pleitear determinada prestação positiva do Estado, na área de saúde, em favor de pessoa doente. [...] A jurisprudência do STJ nega, pelo motivo exposto* [ausência de

---

* Promotor de Justiça – RJ. Mestre e Doutorando em Direito Processual Civil – PUC/SP.

[1] Registre-se, nesta oportunidade, o reconhecimento ao brilhante e incansável trabalho de Promotores de Justiça e da Assessoria de Proteção Integral à Infância e à Juventude, cujas peças processuais, especialmente as que me foram cedidas pela Procuradora de Justiça Rosa Maria Carneiro e pela Promotora de Justiça Luciana Carvalho Youssef, foram fundamentais para a fundamentação desta tese, além de, evidentemente, contribuírem decisivamente para a atuação firme e técnica do Ministério Público na defesa dos direitos das crianças e adolescentes.

[2] Tratamos do tema com maior profundidade em dois trabalhos anteriores: *O Ministério Público como Substituto Processual no Processo Civil* . Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. *A Proteção Processual dos Direitos dos Idosos: Ministério Público, tutela de direitos individuais e coletivos e acesso à justiça.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

autorização legislativa], *legitimidade para defender direito de incapaz sob poder dos pais e propor ação de alimentos"*[3].

É certo que a substituição processual necessariamente deve ser precedida de autorização normativa[4], mas no caso do Ministério Público existe uma previsão constitucional genérica de substituição processual para a tutela de direitos individuais indisponíveis (art. 127 da Constituição. Em nosso atual sistema normativo toda a legitimidade do Ministério Público decorre diretamente da Constituição, inclusive a substituição processual, de modo que nos parece um desvio de perspectiva negar a possibilidade de o Ministério Público ajuizar uma ação para a garantia de um direito indisponível sob o argumento de inexistir lei ordinária autorizativa. A partir do momento em que a Constituição confere legitimidade ao Ministério Público para a defesa de direitos individuais indisponíveis, é evidente que se trata de hipótese de substituição processual decorrente de norma constitucional de eficácia plena e aplicabilidade imediata[5].

Em suma: o Ministério Público é autorizado pela Constituição para atuar como substituto processual na defesa dos direitos indisponíveis, não havendo necessidade de previsão em lei ordinária.

No que se refere aos direitos individuais indisponíveis de crianças e adolescentes, o Superior Tribunal de Justiça rejeitou em diversas oportunidades a possibilidade de o Ministério Público atuar como substituto processual[6].

Persistindo em sua linha interpretativa restritiva, o Superior Tribunal de Justiça também vem negando legitimidade ao Ministério Público para o ajuizamento de ação de alimentos em favor de crianças e adolescentes que estejam sob o poder familiar.[7]

Esse entendimento do Superior Tribunal de Justiça é lamentável e igualmente decorre de uma interpretação equivocada do Estatuto da Criança e do Adolescente e de uma percepção simplista do perfil constitucional da instituição, já que a legitimação do Ministério Público decorre da indisponibilidade do direito e independe de prévia suspensão ou perda do poder familiar, mas, sim, da existência de uma situação de risco em que se encontre a criança ou o adolescente e a omissão dos pais ou responsáveis caracteriza essa situação de risco.

A legitimidade do Ministério Público não está condicionada a nenhum fator externo que não seja a indisponibilidade do direito. O fato de o menor estar sob o poder familiar se mostra irrelevante no particular, especialmente porque, se os pais são omissos, é necessária a atuação de um terceiro – no caso, o Ministério Público – para que o direito seja adequadamente tutelado. Se os pais não agem, resta o Ministério Público para servir de meio adequado para a tutela de direitos, inclusive com a tomada de medidas que podem atingir a relação decorrente do poder familiar (procedimento administrativo ou ação que vise à suspensão ou destituição do poder familiar).

---

[3] Substituição Processual. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, nº 9, dezembro de 2003, pp. 18/19. O esclarecimento entre colchetes é nosso.

[4] O que não significa que necessariamente seja autorização *legal*. Cf., ZANETI JR., Hermes. A legitimação conglobante nas ações coletivas: a substituição processual decorrente do ordenamento jurídico. *Direito Civil e Processo: Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. Araken de Assis e outros (coord.). São Paulo: RT, 2008, pp. 859/866.

[5] As normas constitucionais sobre competência – e sobre atribuição, evidentemente – são classicamente consideradas de eficácia plena e aplicabilidade imediata (SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 89).

[6] Exemplo: *"Processual civil e administrativo. Fornecimento de dispositivo médico. Menor carente. Ação civil pública. Ministério Público. Legitimidade. 1. Na esteira do artigo 129 da Constituição Federal, a legislação infraconstitucional inclusive a própria Lei Orgânica, preconiza que o Ministério Público tem legitimidade ativa ad causam para propor ação civil pública para a proteção de interesses difusos e coletivos, como regra. Em relação aos interesses individuais, exige que também sejam indisponíveis e homogêneos. No caso em exame, pretende-se que seja reconhecida a sua legitimidade para agir como representante de pessoa individualizada, suprimindo-se o requisito da homogeneidade.2. O interesse do menor carente deve ser postulado pela Defensoria Pública, a quem foi outorgada a competência funcional para a "orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados na forma do art. 5º, LXXIV". Não tem o Ministério Público legitimidade para propor ação civil pública, objetivando resguardar interesses individuais, no caso de um menor carente."* (REsp 684594/RS – Rel. Min. Castro Meira, DJ 10.10.2005, p. 318). Na fundamentação do acórdão, partiu-se de uma premissa completamente equivocada a nosso sentir: a de que o Ministério Público só pode defender direitos individuais se forem homogêneos[7]. Trata-se de absoluta falta de compreensão dos princípios institucionais do Ministério Público insculpidos na Constituição e de toda legislação infraconstitucional, especialmente do Estatuto da Criança e do Adolescente, que sequer é citado. Se fosse verdadeiro o raciocínio assentado nesse acórdão, ao Ministério Público seria vedado, por exemplo, o ajuizamento de ações de investigação de paternidade, o que nem mesmo é mais objeto de discussão na jurisprudência. Além disso, o artigo 127 da Constituição possui clareza solar ao legitimar o Ministério Público para a tutela dos direitos individuais indisponíveis. Essa legitimidade é autorizada constitucionalmente e em nada se confunde com a vedação do exercício de advocacia pelo Ministério Público, que apenas estará exercendo sua função constitucional.

[7] "Processo civil - Recurso especial - Ação de alimentos – Ministério Público representando menor de idade sob o "pátrio poder" da genitora - Ilegitimidade ativa ad causam – Art.. 201, III, da Lei nº 8.069/90 - Inaplicabilidade. 1- Esta Corte Superior de Uniformização já firmou entendimento no sentido de que o Ministério Público não tem legitimidade para propor, como substituto processual, ação de alimentos em benefício de menor de idade sob o "pátrio poder" da genitora. Ademais, o art. 201, III, da Lei nº 8.069/90 só é aplicado nas hipóteses em que há falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável, de acordo com o art. 98, II, do mesmo diploma legal. 2 - Precedentes (REsp nºs 89.661/MG, 127.725/MG e 102.039/MG). 3 - Recurso não conhecido." (RESP 659498 / PR – Rel. Ministro Jorge Scartezzini - DJ - 14.02.2005, p. 214).

Não é por outro motivo que o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 98, II, considera que a situação de risco ensejadora de medidas protetivas pode ser caracterizada pela omissão dos pais[8].

Não deixa de ser curioso observar que o Superior Tribunal de Justiça admite que o Ministério Público ajuíze ação de investigação de paternidade cumulada com ação de alimentos em favor de menor, estendendo a legitimidade à fase executiva[9], sem, contudo, mencionar a questão do poder familiar, que obviamente se faz presente, demonstrando uma incongruência jurisprudencial[10].

A partir do momento em que a Constituição confere legitimidade ao Ministério Público para a defesa de direitos individuais indisponíveis, é evidente que se trata de hipótese de substituição processual decorrente de norma constitucional de eficácia plena e aplicabilidade imediata[11].

Nesse sentido, assim se pronunciou o Ministro Teori Albino Zavascki: *"poder-se-ia, quem sabe, duvidar da auto-aplicabilidade do art. 127 da CF, em face do seu conteúdo indeterminado, o que comprometeria sua força normativa para, desde logo, independentemente de intermediação do legislador infraconstitucional, autorizar o Ministério Público a propor demandas judiciais em defesa dos bens jurídicos ali referidos. A dúvida não tem consistência. Mesmo quando genéricas, as normas constitucionais possuem, em algum grau, eficácia e operatividade. 'Não há norma constitucional alguma destituída de eficácia. Todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre uma inovação da ordem jurídica preexistente...', ensina José Afonso da Silva. (Auto-aplicabilidade das normas constitucionais, SP, RT, 1968, p. 75). 'De fato', observa Celso Bandeira de Mello, 'não teria sentido que o constituinte enunciasse certas disposições apenas por desfastio ou por não sopitar seus sonhos, devaneios ou anelos políticos. A seriedade do ato constituinte impediria a suposição de que os investidos em tão alta missão, dela se servissem como simples válvula de escape para emoções antecipadamente condenadas, por seus próprios emissores, a permanecer no reino da fantasia. Até porque, se esfrutavam do supremo poder jurídico, seria ilógico que, desfrutando-o, houvessem renunciado a determinar, impositivamente, aquilo que consideram desejável, conveniente, adequado' (Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social, Revista de Direito Público, v. 57, p. 238). Ora, o preceito constitucional que confere ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa de direitos individuais indisponíveis (art. 127) é um preceito completo em si mesmo, apto a legitimar o agente ministerial, se for o caso, a exercer inclusive judicialmente a incumbência ali atribuída. Trata-se de preceito muito mais específico que o contido, por exemplo, no art. 82, III, do CPC, que atribui ao Ministério Público a competência para intervir em todas as causas em que há interesse público. Muito se questionou a respeito da extensão de tal comando processual, mas jamais se duvidou de sua auto-aplicabilidade. A mesma atitude interpretativa se há de ter frente à norma constitucional do art. 127: pode-se questionar seu conteúdo, mas não sua suficiência e aptidão para gerar, desde logo, a eficácia que lhe é própria"*[12].

---

[8] No julgamento do Recurso Especial nº 120118/PR, houve o voto vencido do Min. Ruy Rosado de Aguiar, em que a matéria foi analisada com perfeição e que merece transcrição parcial: *"**penso que está sendo feita indevida limitação à atuação do Ministério Público no âmbito do Estatuto da Criança e do Adolescente**. Não é apenas nos casos de abandono, perda ou suspensão do pátrio poder que a lei atribui ao Ministério Público promover em juízo a defesa dos interesses difusos, coletivos ou mesmo individuais de crianças e adolescentes. A sua competência é ampla, pois a proteção do Estatuto se estende a todos os casos de ameaça ou violação aos direitos dos menores (art. 98), e para lutar por eles a lei após o Ministério Público, dando-lhe as atribuições elencadas no artigo 201. **A carência de alimentação de uma criança decorre de falta dos pais ou responsáveis, e a hipótese se enquadra na situação prevista no art. 98, inc. II, onde o direito é ameaçado ou violado por falta dos pais.** Para esse caso, o art. 201, inc. III, do ECA, dispõe: compete ao Ministério Público promover e acompanhar as ações de alimentos. **Somente descumprindo a lei é que se pode retirar essa competência do Ministério Público, diminuindo o campo de sua atuação e causando grave prejuízo aos menores necessitados, pois a experiência do Foro demonstra que, muitas vezes, especialmente nas pequenas comarcas, é o Ministério Público a única instituição capaz de zelar pelos desassistidos. Sendo assim, reconheço no Ministério Público legitimidade para promover a ação de alimentos, ainda que as crianças estejam sob pátrio poder da mãe. Pergunto-me: quem proporá a ação em favor dessas duas pobres crianças?"*** (destacamos).
DJ 01/03/1999, p.321 - Relator p/ Acórdão Min. Barros Monteiro.

[9] "Ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos. Execução. Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992.1. Ajuizada a ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos, julgada procedente, tem o Ministério Público, autor da ação, legitimidade para intentar a execução" (RESP 208429 / MG - Relator Min. Carlos Alberto Menezes Direito – DJ 01/10/2001, p.205).

[10] Em decisão mais recente, o Superior Tribunal de Justiça demonstrou evolução de seu entendimento: *"Direito civil e **processual** civil. Ação de execução de alimentos. **Ministério Público.** Legitimidade ativa. - É socialmente relevante e legítima a substituição **processual** extraordinária do **Ministério Público,** notadamente quando na defesa dos economicamente pobres, como também em virtude da precária ou inexistente assistência jurídica prestada pelas Defensorias Públicas. - Dado o caráter indisponível do direito a receber alimentos, em se tratando de criança ou adolescente, é legítima a atuação do **Ministério Público** como **substituto processual** em ação de execução de prestação alimentícia por descumprimento de acordo referendado pelo próprio Órgão Ministerial. - O tão-só descumprimento de acordo de alimentos evidencia violação a direito da criança, que se vê privada do atendimento de suas necessidades básicas."* (REsp 510969/PR, DJ 06.03.2006, p. 372, Rel. Min. Nancy Andrighi).

[11] As normas constitucionais sobre competência – e sobre atribuição, evidentemente – são classicamente consideradas de eficácia plena e aplicabilidade imediata (cf. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 89).

[12] Voto proferido no Recurso Especial nº 822.712/RS, de sua relatoria, publicado no DJ de 17.04.2006, p. 196. Essa posição também foi defendida em sua tese de doutoramento: *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: RT, 2006, pp. 234/237.

Finalmente essa posição doutrinária tornou-se jurisprudência[13].

3. Defensoria Pública, substituição processual, representação processual e a função de curador especial

Não se discute que a Defensoria Pública é um componente fundamental para o efetivo acesso à justiça dos hipossuficientes, não havendo sequer possibilidade de um debate sério sobre a efetividade da tutela de direitos sem que haja uma preocupação com a devida estruturação de uma assistência judiciária eficiente. Isso não significa, entretanto, que a Defensoria Pública tenha onipresença, a seu talante, em quaisquer causas que lhe aprouver, ainda que haja presença de necessitados em um dos pólos da relação processual.

Com efeito, inexiste previsão em nosso sistema de uma atuação *sponte propria* da Defensoria Pública. O artigo 134 da Constituição da República é cristalino ao dispor que a Defensoria Pública somente pode atuar como representante processual, o que significa dizer que somente age por mandato, o mesmo se extraindo, como não poderia deixar de ser, do artigo 4º da Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994[14].

---

[13] *"Processual civil. Embargos de divergência. Fornecimento de medicamento a menor carente. Direito à saúde. Direito individual indisponível. Legitimação extraordinária do Ministério Público. Art.127 da CF/88. Precedentes. 1. O Ministério Público possui legitimidade para defesa dos direitos individuais indisponíveis, mesmo quando a ação vise à tutela de pessoa individualmente considerada. 2. O artigo 127 da Constituição, que atribui ao Ministério Público a incumbência de defender interesses individuais indisponíveis, contém norma auto-aplicável, inclusive no que se refere à legitimação para atuar em juízo. 3. Tem natureza de interesse indisponível a tutela jurisdicional do direito à vida e à saúde de que tratam os arts. 5º, caput e 196 da Constituição, em favor de menor carente que necessita de medicamento. A legitimidade ativa, portanto, se afirma, não por se tratar de tutela de direitos individuais homogêneos, mas sim por se tratar de interesses individuais indisponíveis. Precedentes: EREsp 734493/ RS, 1ª Seção, DJ de 16.10.2006; REsp 826641/RS, 1ª Turma, de minha relatoria, DJ de 30.06.2006; REsp 716.512/RS, 1ª Turma, Rel.Min. Luiz Fux, DJ de 14.11.2005; EDcl no REsp 662.033/RS, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 13.06.2005; REsp 856194/RS, 2ª T., Ministro Humberto Martins, DJ de 22.09.2006, REsp 688052/RS, 2ª T., Ministro Humberto Martins, DJ de 17.08.2006. 4. Embargos de divergência não providos"* (EREsp 819010/SP, Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 13/02/2008, DJe 29/09/2008). *"Processual civil. Embargos de declaração. Pretensão de reexame de matéria de mérito (Administrativo. Ação civil pública. Fornecimento de medicamentos. Criança portadora de esquizofrenia hefrênica. Direito individual indisponível. Art. 227 da CF/88. Legitimatio ad causam do Parquet. Art. 127 da CF/88. Arts. 7.º, 200, e 201 da lei n.º 8.069/90). Inobservância das exigências do art. 535, e incisos, do CPC. 1. O inconformismo, que tem como real escopo a pretensão de reformar o decisum, não há como prosperar, porquanto inocorrentes as hipóteses de omissão, contradição, obscuridade ou erro material, sendo inviável a revisão em sede de embargos de declaração, em face dos estreitos limites do art. 535 do CPC. Precedentes da Corte Especial: AgRg nos EDcl nos EREsp 693.711/RS, DJ 06.03.2008; EDcl no AgRg no MS 12.792/DF, DJ 10.03.2008 e EDcl no AgRg nos EREsp 807.970/DF, DJ 25.02.2008 2. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. 3. A pretensão de revisão do julgado, em manifesta pretensão infringente, revela-se inadmissível, em sede de embargos, quando o aresto recorrido assentou que: "1. O Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos. 2. É que a Carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da Administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37, da CF/1988 como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microssistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública, nele encartando-se a Ação Cautelar Inominada, Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas. 3. Deveras, é mister concluir que a nova ordem constitucional erigiu um autêntico 'concurso de ações' entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, a fortiori, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos. 4. Legitimatio ad causam do Ministério Público à luz da dicção final do disposto no art. 127 da CF/1988, que o habilita a demandar em prol de interesses indisponíveis. 5. Sob esse enfoque a Carta Federal outorgou ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses individuais indisponíveis, podendo, para tanto, exercer outras atribuições previstas em lei, desde que compatível com sua finalidade institucional (CF/1988, arts. 127 e 129). 6. In casu, trata-se de ação civil pública, com pedido de antecipação de tutela, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, objetivando a condenação do réu ao fornecimento de medicamento (olanzapina), de forma contínua, em favor de paciente hipossuficiente, portadora de esquizofrenia hefrênica. 7. O direito à saúde, insculpido na Constituição Federal é direito indisponível, em função do bem comum, maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria. 8. Outrossim, o art. 6.º do CPC configura a legalidade da legitimação extraordinária cognominada por Chiovenda como "substituição processual". 9. Impõe-se, ressaltar que a jurisprudência hodierna do E. STJ admite ação individual acerca de direito indisponível capitaneada pelo MP. Precedentes: REsp 688052 / RS, DJ 17.08.2006; REsp 822712 / RS, DJ 17.04.2006; REsp 819010 / SP, DJ 02.05.2006". 4. Embargos de Declaração rejeitados"* (EDcl no AgRg no REsp 1098600/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 04/08/2009, DJe 03/09/2009). *"Processual civil. Gestante. Estado crítico de saúde. Ação civil pública. Legitimidade do Ministério Público. Direito indisponível. 1. A demanda envolve interesse individual indisponível na medida em que diz respeito à internação hospitalar de gestante hipossuficiente, o que, sem sombra de dúvidas, repercute nos direitos à vida e à saúde do nascituro e autoriza a propositura da ação pelo Ministério Público. 2. "Tem natureza de interesse indisponível a tutela jurisdicional do direito à vida e à saúde de que tratam os arts. 5º, caput e 196 da Constituição, em favor de gestante hipossuficiente que necessite de internação hospitalar quando seu estado de saúde é crítico. A legitimidade ativa, portanto, se afirma, não por se tratar de tutela de direitos individuais homogêneos, mas sim por se tratar de interesses individuais indisponíveis" (REsp 933.974/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU 19.12.07). 3. Agravo regimental não provido".* (AgRg no REsp 1045750/RS, Rel. Ministro Castro Meira, julgado em 23/ 06/2009, DJe 04/08/2009).

[14] O fato de se dispensar a procuração não significa que inexista mandato, já que não se pode confundir o instrumento com o instituto ou o continente com o conteúdo.

A primeira conclusão que pode ser extraída do direito positivo[15] é que a Defensoria Pública não pode atuar na condição de substituto processual para a tutela de direitos individuais, sendo da essência de sua atuação a representação processual.

Exatamente por isso a legislação a guindou à condição de curador especial por excelência, na forma do artigo 4º, VI, da LC nº 80/94.

Com efeito, o curador especial é um representante processual *ad hoc* para suprimento de uma incapacidade processual, não guardando nenhuma relação com o direito material em disputa, e suas funções são protetivas[16], eminentemente defensivas, não lhe cabendo o ajuizamento de reconvenção ou de ação declaratória incidental[17]. É atividade tipicamente processual que visa a restaurar um contraditório deficiente, ao menos formalmente, já que existe a autorização para formular defesa genérica (artigo 302, parágrafo único, do Código de Processo Civil). O curador especial, no desempenho dessa função protetiva de esfera jurídica, com a finalidade de equilibrar o contraditório, deve ser obrigatoriamente nomeado pelo juiz[18]. A atividade por ele exercida é tipicamente processual, sem nenhuma repercussão de direito material e sua função cessa com o término do processo[19], razão pela qual Pontes de Miranda dizia que *"à expressão 'curador especial', preferimos a de 'curador à lide', porque em verdade ele só serve à lide. Tão ligada a ela é a sua restritas função que só o juiz da causa o pode nomear"*[20]. Na correta sistematização feita por Fredie Didier Junior, *"essa representação processual do curador à lide visa regularizar a relação jurídica processual: i) integrando a capacidade processual de incapaz que não tenha representante ou cujos interesses estejam em choque*[21] *com os de seu representante; ii) Garantindo a paridade de armas e equilibrando o contraditório, quando atua na defesa do demandado, nas hipóteses do inciso II do art. 9º, que são incapazes processuais"*[22].

Essa configuração específica do curador especial coincide essencialmente com as características da Defensoria Pública, no que se refere à impossibilidade de atuação *ex officio*. Não pode a Defensoria Pública arvorar-se da condição de curador especial geral ou genérico, sem nomeação judicial e, principalmente, sem função de equilibrar um contraditório que está plenamente estabelecido, sem que incida nenhuma daquelas hipóteses antes mencionadas. A curadoria especial não é um cheque em branco[23] ou um conceito vago que sirva como uma espécie de salvo-conduto processual, autorizando o ingresso potestativo da Defensoria Pública em causa alheia.

Decorre da sistemática processual, portanto, que a Defensoria Pública não pode atuar como curador especial sem que haja designação judicial e muito menos quando não há desequilíbrio do contraditório.

Ao intervir espontaneamente em processo pendente, a Defensoria Pública subverte essa disciplina processual e se vale da figura do curador especial como um artifício para ocupar um espaço que não lhe foi outorgado constitucionalmente. Na realidade, em situações desse jaez, a Defensoria Pública frustra a própria finalidade de sua atuação, não só por despender energias em prejuízo de prestar a assistência devida a carentes que dela necessitam, mas também por dar causa a um tumulto procedimental que inevitavelmente prejudicará a tutela de direitos, constituindo-se, assim, em um obstáculo processual, quando sua função é a de facilitar o acesso à justiça. Essa postura latifundiária da Defensoria Pública mais se aproxima de uma busca de poder por ocupação de espaço do que de uma efetiva preocupação com a assistência judiciária de pessoas carentes.

4. A substituição processual de crianças e adolescentes e a desnecessidade de atuação de curador especial

Os itens antecedentes já fornecem subsídios suficientes para afastar a anômala, inútil e despropositada atuação da Defensoria Pública como curador especial de crianças e adolescentes substituídos processualmente pelo Ministério Público. Entretanto, convém especificar o que foi exposto à situação envolvendo as crianças e adolescentes, a fim de melhor contextualizar a tese.

---

[15] No caso ainda temos a peculiaridade de a afirmação valer *de lege ferenda*, ao menos no que se refere ao projeto de alteração da referida Lei Complementar, que foi aprovado pelo Senado em 16 de setembro de 2009 e aguarda a sanção presidencial.

[16] PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo I. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 263.

[17] DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 242. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Código de Processo Civil Interpretado*. Antonio Carlos Marcato (coord.). São Paulo: Atlas, 2004, p. 67.

[18] Cf., por exemplo: MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil – comentado artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2009, pp. 104/105.

[19] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Código de Processo Civil Interpretado*. Antonio Carlos Marcato (corrd.). São Paulo: Atlas, 2004, pp. 64/67.

[20] Ob. cit., p. 257.

[21] *"Colisão de interesse é qualquer situação em que o ganho da causa por parte do incapaz diminuiria, direta ou indiretamente, qualquer interesse econômico ou moral do pai, tutor, ou curador. Basta o mais leve choque ou possibilidade de choque, entre interesse de um e interesses do outro, para que se tenha de nomear o curador especial"* (PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo I. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 256). O artigo 142, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente basicamente reproduz essa regra.

[22] Ob. cit., p. 241.

[23] "A regra de competência não é um cheque em branco" (TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 5).

De maneira até didática, o Estatuto da Criança e do Adolescente consagra o Ministério Público na condição de substituo processual dos direitos individuais indisponíveis. A proeminência com que a Instituição é tratada naquele diploma legislativo demonstra que a tutela dos direitos da criança e do adolescente está a cargo do Ministério Público, inclusive por meio de medidas administrativas, sem prejuízo, evidentemente, da atuação da Defensoria Pública nos casos em que necessária e devida sua presença, como na assistência em procedimentos envolvendo a prática de atos infracionais por adolescentes. Pode-se discutir a política legislativa que levou a essa opção por parte da Constituição e desse microssistema, mas não se pode, na atual ordem vigente, querer outorgar – ou ocupar a fórceps – a outro ente funções que não lhe pertencem. Se a Defensoria Pública puder atuar como curador especial do Ministério Público – que, em última análise, isso é o que vem acontecendo, já que as crianças e adolescentes sequer figuram como partes no processo –, será o mesmo que autorizá-la, por exemplo, a aplicar medidas protetivas, fiscalizar entidades de atendimento e, quiçá, ajuizar uma espécie da vetusta ação penal popular.

O exercício digno e eficaz da assistência judiciária das crianças e adolescentes, quando devidas, é dever da Defensoria Pública, mas sequer é seu monopólio (artigo 141, § 1°, ECA), já que se trata de obrigação estatal que não pode, por sua insuficiência, impedir a defesa dos necessitados. Em suma, a Defensoria Pública corporifica o advogado que o Estado deve oferecer quando necessário (artigo 206, ECA), não havendo espaço para o criacionismo de figuras extravagantes que não estão previstas no sistema jurídico.

Supor que em uma ação de destituição de poder familiar, ou em procedimento que visa à aplicação de medida administrativa a genitores, possa a Defensoria Pública atuar como curador especial das crianças e/ou adolescentes que sequer integram o processo é considerar que estamos diante de um palco apto a ser tomado por arroubos autoritários travestidos de democráticos em busca de espaço de poder, olvidando-se dos direitos que são a essência e a finalidade desse ente estatal. Acrescente-se, ainda, que a defesa dos direitos das crianças e adolescentes pelo Ministério Público é plena, não havendo que se falar em desequilíbrio do contraditório ou do devido processo legal em relação aos substituídos.

Esta tese, por se constituir um verdadeiro truísmo, deveria ser desnecessária. Entretanto, centenas de processos estão paralisados, recursos judiciais são confeccionados, a prestação jurisdicional torna-se ainda mais morosa, enfim todo o sistema de justiça é afetado[24], estabelecendo-se um *"perverso fenômeno de utilização do Direito para o descumprimento do Direito por meio de pretextos jurídicos"*, como bem identificado por Celso Campilongo[25] e também por Boaventura de Sousa Santos, ao se referir ao agente que é *"competente a interpretar o direito e incompetente a interpretar a realidade. Ou seja, conhece bem o direito e sua relação com os autos, mas não conhece a relação dos autos com a realidade"*[26].

Comprova essa assertiva exatamente a decisão monocrática referida no início da tese, cuja ementa merece ser transcrita para ilustrar nosso posicionamento: "*Medida cautelar. Destrancamento de recurso especial. Art. 542, § 3°, CPC. Mitigação. Efetividade da prestação jurisdicional. Apuração de prática de abuso sexual contra menores. Participação da Defensoria Pública na qualidade de curadora especial. Desnecessidade. - Admite-se excepcionalmente o processamento de recurso especial retido, uma vez que há situações em que a permanência do recurso nos autos pode frustrar a entrega da tutela jurisdicional, recomendando a atribuição de temperamentos à regra do artigo 542, § 3°, do CPC. - Para tanto, está o relator autorizado a proceder a um juízo prévio e perfunctório de viabilidade do recurso especial e dos efeitos com ele pretendidos, apreciando os requisitos da aparência do direito e do perigo de demora. - Na hipótese dos autos, a participação desnecessária da Defensoria Pública retardará injustificadamente a prestação jurisdicional, em procedimento que apura a suposta prática de abuso sexual contra menores, de sorte que, qualquer atraso, por menor que seja, poderá implicar prejuízos irreparáveis às crianças, circunstância que evidencia a presença do periculum in mora e justifica excepcionar a regra de trancamento do recurso especial. - A curadoria especial se destina à representação processual do incapaz, e não à sua representação material, de modo que, não sendo este parte de ação ajuizada por Conselho Tutelar, a participação da Defensoria Pública se mostra dispensável, até porque o Ministério Público já atua no processo, não apenas como* custos legis, *mas também no interesse dos menores, nos termos do art. 202 do ECA. Liminar concedida*"[27].

---

[24] Veja-se que no Rio Grande do Sul o Tribunal de Justiça houve por bem editar o enunciado n° 22 da Súmula de sua jurisprudência nesse sentido, o que demonstra até onde pode chegar um complexo jurídico na ausência de um divã adequado: ***"Nas ações de destituição/ suspensão de pátrio poder, promovidas pelo Ministério Público, não é necessária a nomeação de curador especial ao menor".*** Unânime. Referência: Uniformização de Jurisprudência de n° 70005968870, em 11 de abril de 2003. Publ. DJE n° 2603, de 14.05.2003.

[25] Direitos fundamentais e poder judiciário. *O Direito na Sociedade Complexa.* São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 109.

[26] *Para uma Revolução Democrática da Justiça.* Coleção "Questões da nossa época n° 134". São Paulo: 2007, p. 70.

[27] Medida Cautelar n° 15.919 – RJ – Rel. Min. Nancy Andrighi.

5. Conclusão

Foi necessário todo esse esforço argumentativo porque *"a idéia de direito que o atual estado constitucional implica não entrou plenamente no ar que respiram os juristas"*[28], fazendo com que o legítimo discurso acerca do acesso à justiça sirva de veículo para anseios corporativos, não se apercebendo que *"a frustração sistemática das expectativas democráticas pode levar à desistência da democracia e, com isso, à desistência da crença no papel do direito na construção da democracia"* e que *"sem direitos de cidadania efectivos a democracia é uma ditadura mal disfarçada"*[29].

Ao insistir nessa anômala atuação de curador especial em processos ajuizados pelo Ministério Público como substituo processual, a Defensoria Pública acaba por adotar uma postura autoritária sob as vestes da democracia.

Por essa razão, é fundamental que o Ministério Público permaneça firme e atento no rechaço dessa atuação anômala, zelando, assim, pela efetiva tutela dos direitos das crianças e adolescentes, sem descaracterizar sua conformação constitucional.

Com esse propósito formulamos a tese revelada na síntese dogmática, no sentido de que não há que se falar em curadoria especial para crianças e adolescentes substituídos processualmente pelo Ministério Público, o que garante plenamente o contraditório e o devido processo legal necessários para uma adequada tutela de direitos.

6. Referências bibliográficas

ASSIS, Araken de. Substituição Processual. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, nº 9, dezembro de 2003.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Código de Processo Civil Interpretado*. Antonio Carlos Marcato (coord.). São Paulo: Atlas, 2004.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Direitos fundamentais e poder judiciário. *O Direito na Sociedade Complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil – comentado artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2009.

PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo I. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Para uma Revolução Democrática da Justiça*. Coleção "Questões da nossa época nº 134". São Paulo: 2007.

ZAGREBLESKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil: ley, derechos, justicia*. Marina Gascón (trad.). 7ª ed. Madrid: 2007.

ZANETI JR., Hermes. A legitimação conglobante nas ações coletivas: a substituição processual decorrente do ordenamento jurídico. *Direito Civil e Processo: Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. Araken de Assis e outros (coord.). São Paulo: RT, 2008.

ZAVASCKI, Teori. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: RT, 2006.

[28] ZAGREBLESKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil: ley, derechos, justicia*. Marina Gascón (trad.). 7ª ed. Madrid: 2007, p. 10.
[29] SOUSA SANTOS, Boaventura de. Ob. cit., pp. 10 e 90.

111

TAC MINISTÉRIO PÚBLICO X FEBRABAN: UMA ATUAÇÃO BASEADA NO DIÁLOGO

Maria Izabel do Amaral Sampaio Castro*

Promotora de Justiça/SP

I) EXPOSIÇÃO

Atuando como Promotora de Justiça em São Caetano do Sul-SP, dentre minhas atribuições está a defesa dos direitos da pessoa com deficiência e idosos.

No exercício de minhas funções, no ano de 2002, acabei instaurando o meu primeiro inquérito civil na defesa dos direitos da pessoa com deficiência – inquérito civil n.º 19/02 – que tinha como objetivo assegurar a acessibilidade das agências bancárias do município de São Caetano do Sul.

A acessibilidade que buscava era exatamente aquela definida no art. 2.º, inciso II, da Lei Federal n.º 10.098/00, qual seja: a possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, dos espaços e mobiliários das edificações e dos sistemas e meios de comunicação. Isso porque visava não só garantir que as agências bancárias rompessem as barreiras arquitetônicas, ou seja, qualquer entrave ou obstáculo que limitasse ou impedisse o acesso, a liberdade de movimento e a circulação com segurança das pessoas com deficiência, no interior das edificações, mas também desejava que as barreiras de comunicação, em especial para garantia do acesso às pessoas com deficiência sensorial (auditiva e visual) fossem também quebradas. Para tanto, comecei a solicitar que os bancos disponibilizassem curso de LIBRAS – Língua Brasileira de Sinais – aos funcionários, a fim de que os deficientes auditivos pudessem ter acesso aos serviços bancários, conseguindo se comunicar com os funcionários como qualquer cliente comum.

Nessa época, cheguei a ouvir que estava exigindo um serviço de país de primeiro mundo num país de terceiro mundo, o que era ano no todo inviável. Agarrada, porém, ao direito dessa parcela da população, que há décadas se viu excluída do convívio social, ignorava as críticas que recebia e seguia adiante, lutando para que a legislação do país "de terceiro mundo", que garante a todo cidadão brasileiro - incluindo os deficientes que também o são -, o direito de acesso aos serviços bancários, fosse efetivamente cumprida. Afinal, esse é o papel do Promotor de Justiça, garantido pelo art. 129, inciso III, da Constituição Federal.

No decorrer das providências tomadas no inquérito civil n.º 19/02, da 8.ª Promotoria de Justiça de São Caetano do Sul, muitas reuniões foram realizadas com os representantes dos bancos situados nesta Comarca e, embora alguns já estivessem conscientes dos direitos das pessoas com deficiência de terem um serviço bancário acessível, muitos ainda resistiam, dizendo que estavam dentro do prazo previsto na Resolução n.º 2878, do Conselho Monetário Nacional, de 26/07/2001, que lhe garantiam 720 dias para realização das obrigações previstas no art. 9.º.[1] Como se uma resolução pudesse preponderar sobre a lei[2].

---

* 8ª Promotora de Justiça de São Caetano do Sul-SP e Integrante do Movimento do Ministério Público Democrático-MPD.

[1] Resolução n.º 2878/01-CMN - Art. 9. As instituições referidas no art. 1. devem estabelecer em suas dependências alternativas técnicas, físicas ou especiais que garantam: I - atendimento prioritário para pessoas portadoras de deficiência física ou com mobilidade reduzida, temporária ou definitiva, idosos, com idade igual ou superior a sessenta e cinco anos, gestantes, lactantes e pessoas acompanhadas por criança de colo, mediante: a) garantia de lugar privilegiado em filas; b) distribuição de senhas com numeração adequada ao atendimento preferencial; c) guichê de caixa para atendimento exclusivo; ou d) implantação de outro serviço de atendimento personalizado; II - facilidade de acesso para pessoas portadoras de deficiência física ou com mobilidade reduzida, temporária ou definitiva, observado o sistema de segurança previsto na legislação e regulamentação em vigor; III - acessibilidade aos guichês de caixa e aos terminais de auto atendimento, bem como facilidade de circulação para as pessoas referidas no inciso anterior; IV - prestação de informações sobre seus procedimentos operacionais aos deficientes sensoriais (visuais e auditivos). Parágrafo 1. Para fins de cumprimento do disposto nos incisos II e III, fica estabelecido prazo de 720 dias, contados da data da entrada em vigor da regulamentação da Lei n. 10.098, de 19 de dezembro de 2000, as instituições referidas no art. 1.º, para adequação de suas instalações.

[2] Lei Federal n.º 10.048, de 08/11/00 (art. 1.º) e Lei Federal n.º 10.098/00 (art. 11, 13 e seguintes).

Lembro-me que quando solicitei a um dos bancos, o curso de LIBRAS para alguns funcionários de cada uma de suas agências, obtive como resposta, por escrito, que não se fazia necessário, pois se o deficiente auditivo, mais precisamente o surdo, não conseguia ouvir, ele deveria saber ler, tal qual escrever, podendo, assim, comunicar-se com o banco por esses meios. Se mesmo assim não conseguisse ler ou escrever, que se comunicasse por meio de mímicas ou por meio da leitura labial e se nenhum desses recursos fossem possíveis, ele deveria ser interditado, pois não teria capacidade para realizar os atos da vida civil.

Vi nessa resposta, dada, diga-se de passagem, pelo departamento jurídico de uma instituição financeira, que além dos direitos da pessoa com deficiência serem totalmente ignorados, a questão da deficiência ainda era tratada sob o paradigma da integração social, embora, pela Constituição Federal de 1988, um novo paradigma havia sido instituído, ou seja, o da inclusão social.

Pelo paradigma da integração social, baseado no princípio da normalização, para que a pessoa com deficiência pudesse participar do convívio social, ela teria que se assemelhar às pessoas "normais" ou sem deficiência. Para tanto, cabia a ela todo o esforço no sentido de chegar o mais próximo possível dessa "normalidade". Da sociedade e do Poder Público, nada se exigia para possibilitar essa integração. Esse paradigma caracterizou-se pela oferta de serviços às pessoas com deficiência, a fim de ajudá-las a se integrarem na sociedade. Num primeiro momento, as pessoas com deficiência eram avaliadas pela equipe prestadora de serviços especializados, a fim de se verificar quais eram suas reais necessidades (braile, leitura labial, etc). Num segundo momento, eram-lhe oferecidos os serviços especializados para torná-la o mais normal possível. Na terceira etapa, alcançados os objetivos previstos, a pessoa com deficiência poderia deixar a segregação para conviver com os demais integrantes da sociedade.

No paradigma da inclusão social, a sociedade, assim como o Poder Público, passou a ter responsabilidades para possibilitar a convivência social da pessoa com deficiência, uma vez que esta também é titular dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal e, como cidadã, tudo o que for disponibilizado às pessoas "normais" também deve sê-lo à pessoa com deficiência. Assim, cabe à sociedade e ao Poder Público se reorganizarem para possibilitarem a convivência não segregada da pessoa com deficiência. Surge, aí, a obrigação da garantia da acessibilidade dos prédios públicos e particulares de uso coletivo, a acessibilidade dos transportes públicos, da garantia da educação inclusiva – seja no ensino publico e privado, etc..

É importante destacar, como já dito, que a Constituição Federal de 1988 criou o "Estado Democrático de Direito" fundamentado na cidadania e na dignidade da pessoa humana (art. 1.º), o qual tem, dentre seus objetivos, a promoção do bem de todos sem preconceitos ou quaisquer formas de discriminação (art. 3.º, IV), garantindo, como direito fundamental, a igualdade de todos perante a lei sem distinção de qualquer natureza (art. 5.º, "caput").

Logo, é inquestionável a introdução do paradigma da inclusão social a partir da Carta Magna de 1988, de modo que a resposta recebida daquele banco, que exigia do deficiente auditivo todo tipo de esforço para utilizar os serviços bancários, que disponibilizava aos demais clientes "normais", sob pena de condená-lo à interdição civil, representava a perfeita ignorância[3] dos direitos da pessoa com deficiência existentes na legislação constitucional e infra-constitucional, sem considerar o efetivo desrespeito ao cidadão com deficiência.

Pouco a pouco novas conquistas eram alcançadas junto aos bancos investigados, pois o passar do tempo e as insistentes investidas do Ministério Público, por meio de solicitações reiteradas e reuniões promovidas possibilitavam a mudança de consciência dos responsáveis pelas instituições financeiras e, consequentemente, a mudança da política bancária nessa área.

Aproximadamente em junho de 2007, contatei o então Grupo de Atuação Especial de Proteção às Pessoas com Deficiência do Ministério Publico de São Paulo – GAE PRO-PD –, a fim de saber como os dois Promotores de Justiça que lá atuavam, e ainda atuam na atual Promotoria de Justiça dos Direitos Humanos – Área Pessoa com Deficiência –, Drs. Julio César Botelho e Lauro Luiz Gomes Ribeiro, estavam direcionando a questão de acessibilidade das agências bancárias.

Nessa época, soube que o Ministério Público Federal estava lavrando um TAC – Termo de Ajustamento de Conduta – com a FEBRABAN, tendo como objetivo a garantia da acessibilidade às pessoas com deficiência em diversas instituições financeiras, tendo convidado o Promotor de Justiça de São Paulo, Julio César Botelho, para participar de uma reunião em Brasília-DF, nos dias 10 e 11 de maio de 2007. Foi-me, então, revelado o teor do referido TAC, oportunidade em que efetuei uma série de questionamentos a respeito, o que acabou levando à publicação do Aviso n.º 485-PGJ (DOE de 22/06/07), por meio do qual o então Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça do Idoso e da Pessoa com Deficiência noticiava a celebração do TAC entre o Ministério Público Federal e a FEBRABAN e pedia aos Promotores de Justiça de São Paulo que se pronunciassem a respeito, designando, inclusive, reunião para tratar desse assunto.

Nasceu, aí, um pequeno grupo de Promotores de Justiça, formado pelos dois acima nominados e por mim, além do representante do então CAO das Promotorias de Justiça Cíveis, do Idoso e da Pessoa com Deficiência, Dr. Eduardo Dias, que passou a dialogar com a FEBRABAN e com o Ministério Público Federal, representado pela Procuradora da República de São Paulo e Procuradora Regional dos Direitos dos Cidadãos, Dr.ª Adriana da Silva Fernandes.

---

[3] Falta de saber, ausência de conhecimento; estado de quem ignora ou desconhece qualquer coisa (Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, 2.ª edição, Nova Fronteira, p. 915).

Ao Ministério Público Federal cabia atuar para exigir a acessibilidade da Caixa Econômica Federal, única instituição financeira controlada pela União, cabendo ao Ministério Público Estadual, a atuação com relação aos demais bancos.

Ao longo de 18 (dezoito) meses, uma série de reuniões foram realizadas entre esse grupo, que analisava a minuta de TAC sugerida pelos Ministérios Públicos – do Estado de São Paulo e Federal - , cláusula a cláusula, a fim de se chegar a um entendimento que garantisse o direito das pessoas com deficiência a um serviço bancário plenamente acessível.

Foram muitas as reuniões, sendo que em algumas, o embate foi difícil, chegando a dar a impressão de que o acordo não sairia, pois as ideologias pareciam bastante divergentes. Mas quando o sentimento de desânimo se aproximava, o próximo contato entre os integrantes do grupo reanimava os ânimos, pois, na realidade, todos estavam dispostos à concretização do consenso, uma vez que o objetivo era comum – a garantia da acessibilidade dos serviços bancários às pessoas com deficiência – e, se assim o era, nada mais nos restava senão a luta para atingi-lo.

Assim, em 16 de outubro de 2008, em Brasília-DF, foi assinado o TAC entre os Ministérios Públicos Federal, de São Paulo e Minas Gerais, que aderiu no último momento, e os 20 (vinte) bancos aderentes discriminados no Anexo I, a saber: Banco ABN AMRO Real S.A., Banco Alfa S.A., Banco BMG S.A., Banco Bradesco S.A., Banco Calyon Brasil S.A., Banco Citibank S.A., Banco Citicard S.A., Banco de Tokyo-Mitsubishi UFJ Brasil S.A., Banco do Brasil S.A., Banco Industrial e Comercial S.A., Banco Itaú S.A., Banco Mercantil do Brasil S.A., Banco Nossa Caixa S.A., Banco Rodobank Internacional do Brasil S.A., Banco Safra S.A, Banco Santander S.A., BRB – Banco de Brasília S.A., Caixa Econômica Federal, HSBC Bank Brasil S.A. Banco Múltiplo e Unibanco – União de Bancos Brasileiros S.A..

Destaco que a FEBRABAN, devidamente autorizada pelos seus órgãos estatutários para realizar as negociações que culminaram com a assinatura do TAC, assegurava, na cláusula 19, parágrafo terceiro, a adesão de 50% da rede de agências instaladas no Brasil.

Na cláusula vigésima, ficou prevista a adesão ao TAC pelos Promotores de Justiça Naturais, com atribuição na tutela dos direitos difusos e coletivos das pessoas com deficiência, das Comarcas do Estado de São Paulo, por meio da assinatura do respectivo Termo de Adesão. Demais Estados poderão aderir aos termos do TAC, por adesão ou termo próprio.

Tal cláusula se fez necessária em razão do princípio constitucional do Promotor de Justiça Natural, que garante ao membro do Ministério Público o direito de oficiar nos processos afetos ao âmbito de suas atribuições.[4] Dessa forma, para que o TAC em referência valha em cada uma das Comarcas do Estado de São Paulo, bem como das Comarcas dos outros Estados porventura aderentes, faz-se necessária a adesão pelos respectivos Promotores de Justiça com atribuição de defesa dos direitos das pessoas com deficiência

O TAC ainda prevê a possibilidade de, a qualquer momento, desde que anterior a expiração dos prazos nele previstos, admitir-se a inclusão, nas suas disposições, de outras instituições financeiras, associadas à FEBRABAN, mediante a assinatura de termo de adesão, independentemente da anuência dos compromissários (bancos) originais (cláusula terceira), mantidos os prazos previstos para cumprimento das obrigações, que não são renovados para o novo aderente, já que são prazos de fluência contínua e ininterrupta.

O TAC inova também ao criar um conselho para dirimir eventuais impugnações por parte dos bancos a respeito de adaptações que decorram de leis estaduais supervenientes ao acordo. Esse conselho é formado por um integrante do Ministério Público Federal, indicado pela Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, por um integrante do Ministério Público Estadual, com atribuição na área de defesa dos direitos da pessoa com deficiência, indicado pelo Procurador Geral de Justiça, por dois integrantes da FEBRABAN e por um profissional com notória especialização na matéria da adaptação impugnada, escolhido de comum acordo entre Ministério Público Estadual e a Federação cujos honorários serão por esta suportados (cláusula vigésima quarta).

A finalidade do conselho é proporcionar o restabelecimento do diálogo entre as partes sempre que uma nova exigência de adaptação para garantia da acessibilidade às pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida decorrer de lei estadual, que entrar vigor após a celebração do TAC e, em razão disso, não prevista neste, e não for aceita pela FEBRABAN.

Suponhamos que a nova lei estadual preveja a exigência de fornecimento de extrato em CD, além do extrato em Braille e com fonte ampliada, previsto no TAC. Se a FEBRABAN entender que tal exigência é absurda, poderá provocar a instalação do conselho previsto na clausula 24.ª, a fim de que o diálogo seja restabelecido entre as partes e, se o caso, um aditivo seja inserido no TAC, evitando, assim, discussões judiciais prolongadas e/ou o surgimento de novos inquéritos civis em cada uma das Promotorias de Justiça dos Estados aderentes. É óbvio que por força de vedação constitucional (art. 7.º, a possibilidade de criação desse conselho não exclui a possibilidade da via judicial ser acionada, durante ou , XXXV, C.F.), a via judicial poderá ser, a qualquer momento, provocada.

---

[4] Carneiro, Paulo César Pinheiro, "O Ministério Público no Processo Civil e Penal – Promotor Natural – Atribuição e Conflito", Forense, 5.ª edição, pág. 50.

O TAC prevê, ainda, regras de garantia de acessibilidade não só aos deficientes físicos, mas também aos deficientes visuais e auditivos.

Nesse sentido, garante aos deficientes visuais, quando da adesão ou assinatura de seus contratos, a leitura do inteiro teor do referido instrumento, em voz alta ou por meio eletrônico e, no caso de dispensa da leitura pelo contratante, declaração dele de que tomou conhecimento dos direitos e deveres das partes envolvidas, sem prejuízo da adoção de outras medidas com a mesma finalidade; emissão dos cartões magnéticos com o envio de folheto de boas vindas em Braille e com letras ampliadas, contendo as orientações de uso do cartão e as informações relativas a ele, bem como com o envio de porta-cartão em Braille e auto-relevo, que terá a função de capeá-lo, tendo ainda as informações relativas ao BIN[5], a data de validade e o código de segurança, a fim de permitir o uso completo do cartão, ou seja, para saques e compra de bens e serviços, inclusive via telefone e internet, não requerendo alteração do *lay-out* ou no embolso dos cartões (cláusula 11.ª). Também foi previsto o direito ao extrato mensal de conta corrente em Braille ou em caracteres ampliados, de acordo com a opção do cliente (cláusula 12.ª).

Para os deficientes auditivos, foi garantida a instalação nas centrais de atendimento telefônico de pontos de recepção de mensagens geradas por telefones adaptados, pessoal e equipamento capazes de manter comunicação com pessoas com deficiência auditiva, nos horários de atendimento ao público em geral e a existência de pelo menos uma pessoa na dependência da agência bancária capacitada para prestar atendimento em LIBRAS, com ênfase nos termos utilizados nas transações e operações bancárias (cláusula 13.ª).

Aos deficientes mentais foi assegurada as mesmas condições operacionais e de segurança disponibilizadas para todos os demais clientes, entendendo-se que esse atendimento não prescindirá da assistência ou da representação exigida para a prática dos atos da vida civil, quando cabível (cláusula 14.ª).

Para os clientes com deficiência física, além da eliminação das barreiras arquitetônicas, foi garantida a acessibilidade das ATMs[6] das agências e PABs[7], estabelecendo-se um cronograma para isso: a) a partir de 06 meses da assinatura do TAC, 50% (cinqüenta por cento) das agências de cada Estado da Federação, para os bancos controlados pela União, e 50% (cinqüenta por cento) das agências existentes no Estado de São Paulo e no Estado de Minas Gerais, deverão ter pelo menos uma ATM acessível; b) a partir de 12 meses, da assinatura do TAC, 75% (setenta e cinco por cento) dos PABs de cada Estado da Federação para os bancos controlados pela União e 75% (setenta e cinco por cento) dos PABs existentes no Estado de São Paulo e no Estado de Minas Gerais, deverão ter pelo menos uma ATM acessível; c) até 15 meses da assinatura do TAC, 100% (cem por cento) da agências existentes em cada Estado da Federação, para os bancos controlados pela União, e 100% (cem por cento) das agências existentes no Estado de São Paulo e no Estado de Minas Gerais, deverão ter pelo menos uma ATM acessível. É o que prevê a cláusula 7.ª, parágrafo primeiro, letras "a" e "b".

No prazo de 10 (dez) anos contados da assinatura do TAC, as agências e PABs deverão possuir todas as ATMs acessíveis às pessoas com deficiência, nos moldes da NBR 15.250/05, da ABNT, ou que a substituir, efetuando-se a substituição de 35% (trinta e cinco por cento) nos primeiros 05 (cinco) anos (cláusula 7.ª, "caput").

Vemos, então, que o acordo buscou alcançar a acessibilidade para as pessoas com deficiência e permite a expansão de seus efeitos a outros Estados da Federação, caso haja adesão dos Ministérios Públicos respectivos, o que será buscado pela FEBRABAN, posto que a ela é muito mais interessante a composição nos moldes efetuados com os Ministérios Públicos de São Paulo, de Minas Gerais e Ministério Público Federal do que ficar tratando do assunto em cada procedimento instaurado por cada Promotoria de Justiça, já que a acessibilidade é o objetivo comum de todos.

II- JUSTIFICATIVA

Impõe-se no âmbito do Ministério Público um repensar da forma de atuação de seus membros. A especialização das Promotorias de Justiça e o princípio da independência funcional têm contribuído para uma atuação isolada, gerando conflitos de atribuições que somente atrasam a concessão da tutela almejada para a garantia dos interesses difusos e coletivos. Faz-se necessário que haja mais intercâmbio entre as áreas de atuação do Ministério Público, por meio de uma atuação interdisciplinar, o que somente pode ser conseguido por meio do diálogo entre os membros da instituição, com olhar que valoriza o atuar do outro pela importância do direito que este defende.

---

[5] BIN são os seis primeiros dígitos do cartão, a permitir a identificação da bandeira do cartão, o banco emissor e a função do cartão.

[6] ATM – Automatic Teller Machine – caixa eletrônico, caixa automático ou terminal bancário, que consiste no equipamento eletrônico que permite aos clientes de bancos, sem o atendimento humano, realizar exclusivamente, as seguintes operações bancárias: consultas de saldos, emissão de extratos, transferências entre contas da mesma instituição e saques, cuja especificação atende às Normas ABNT NBR 9050/04 e ABNT NBR 15250/05 e alterações posteriores. Para as demais funções não passíveis de adaptação d qualquer natureza, tais como depósitos, pagamentos e retirada de folhas ou talonários de cheques, as pessoas com deficiência estarão sujeitas aos procedimentos operacionais e de segurança destinados aos demais clientes e usuários, indistintamente.

[7] PAB – Posto de Atendimento Bancário, ou seja, dependências de banco múltiplo com arteira comercial, de banco comercial e de caixa econômica, com as seguintes características: I- somente podem ser instalados em recinto interno de entidade da administração pública ou de empresa privada; II- destinam-se a prestar todos os serviços para os quais a instituição esteja regularmente habilitada de exclusivo interesse: a) do respectivo governo e de seus funcionários, quando instalados em entidade da administração pública; b) da respectiva empresa, de seus empregados e administradores, quando instalados em dependência de empresa privada.

EDGAR MORIN aponta que "há inadequação cada vez mais ampla, profunda e grave entre os saberes separados, fragmentados, compartimentados entre disciplinas, e, por outro lado, realidades ou problemas cada vez mais polidisciplinares, transversais, multidimensionais, transnacionais, globais, planetários....a hiperespecialização impede de ver o global (que ela fragmenta em parcelas), bem como o essencial (que ela dilui). Ora, os problemas essenciais nunca são parceláveis, e os problemas globais são cada vez mais essenciais. Além disso, todos os problemas particulares só podem ser posicionados e pensados corretamente em seus contextos; e o próprio contexto desses problemas deve ser posicionado cada vez mais, no contexto planetário.Ao mesmo tempo, o retalhamento das disciplinas torna impossível apreender o que é tecido junto, isto é, o complexo, segundo o sentido original do termo.....inteligência que só sabe separar fragmenta o complexo do mundo em pedaços separados, fraciona os problemas, unidimensionaliza o multidimensional. Atrofia as possibilidades de compreensão e de reflexão, eliminando assim as oportunidades de um julgamento corretivo ou de uma visão a longo prazo. Sua insuficiência para tratar nossos problemas mais graves constitui um dos mais graves problemas que enfrentamos. De modo que, quanto mais os problemas se tornam multidisciplinares, maior a incapacidade de pensar sua multidimensionalidade; quanto mais a crise progride, mais progride a incapacidade de pensar a crise; quanto mais planetários tornam-se os problemas, mais impensáveis eles se tornam. **Uma inteligência incapaz de perceber o contexto e o complexo planetário fica cega, inconsciente e irresponsável. Assim, os desenvolvimentos disciplinares das ciências não só trouxeram as vantagens da divisão do trabalho, mas também os inconvenientes da superespecialização, do confinamento e do despedaçamento do saber. Não só produziram o conhecimento e a elucidação, mas também a ignorância e a cegueira**"[8].

A especialização impede ou dificulta o pensar no todo, a visão geral das coisas e dos problemas, como se a "parte" tivesse "vida própria", não dependesse do todo, onde está inserida.

Ao longo do trabalho de elaboração do TAC da FEBRABAN, conforme acima apontado, percebemos que o trabalho conjunto, as visões diferenciadas sobre o mesmo assunto, somente enriqueceram o produto das discussões travadas ao longo dos 18 meses de reuniões.

Diante da complexidade dos problemas que são, diariamente, postos à mesa dos representantes dos Ministérios Públicos Estaduais e Federal, não se justifica uma atuação isolada, que, por certo, gera desgastes, risco de providências contraditórias e diminuição do alcance da tutela almejada.

Mesmo dentro de uma mesma instituição, não há razão para que as diversas Promotorias de Justiça, a despeito de suas especialidades, não trabalhem conjuntamente, posto que um problema geralmente repercute em mais de uma área de atuação.

Tomemos como exemplo a questão da deficiência. Trabalhar, por exemplo, a acessibilidade das vias públicas de um município, impõe o diálogo com o Promotor de Justiça da Habitação e Urbanismo e Meio Ambiente, uma vez que um poste de iluminação ou uma árvore poderá ser um obstáculo ou barreira que impeça a acessibilidade da pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida. Ao invés de cada um dos Promotores de Justiça dessas áreas específicas atuarem isoladamente, o que gera o perito de decisões contraditórias, a união de esforços dará maior importância à demanda, facilitará o trabalho e agilizará a solução.

O acesso à saúde pela pessoa com deficiência poderá implicar no diálogo com o Promotor de Justiça do Consumidor e/ou Cidadania. A questão do direito à educação da criança e do adolescente com deficiência exigirá, com certeza, atuação conjunta do Promotor de Justiça da Infância e Juventude e do que cuida dos interesses da pessoa com deficiência.

A visão compartimentada das atuações dos membros do Ministério Público, a meu ver, é necessária para facilitar o conhecimento mais aprofundado de cada uma das áreas de atuação da instituição. Todavia, ela não pode significar atuação isolada, ignorando os reflexos negativos que isso poderá causar nas demais áreas, o que, por certo, contribuirá para o enfraquecimento da instituição.

Outro exemplo disso são as ocupações irregulares em áreas de proteção ambiental. É óbvio que o meio ambiente deve ser protegido pela atuação do Ministério Público e a desocupação da área de proteção ambiental, na grande maioria dos casos, é medida que se impõe. Acontece que essa desocupação não pode ser pensada sem o diálogo com os representantes das áreas da infância e juventude, da pessoa com deficiência, do idoso, da habitação e urbanismo, da inclusão social, dentre outras. Num terreno ou propriedade invadida, existem inúmeras pessoas, seres humanos, os quais, diga-se de passagem, são, primordialmente, a razão de ser da proteção ambiental. Então, não podemos postular a desocupação sem traçar metas de atuação conjunta entre as diversas áreas de especialização do Ministério Público. O diálogo, com certeza, pode, às vezes, demandar mais tempo para solução dos conflitos, porém, as medidas que dele decorrem, com certeza, terão maior alcance social, maiores chances de êxito e contribuem para a paz social, posto que a solução encontrada foi fruto do olhar a todos os envolvidos no conflito, valorizando cada um deles.

O princípio da independência funcional, por meio do qual o Promotor de Justiça tem o direito de oficiar nos processos afetos ao âmbito de suas atribuições não deve servir como impedimento para esse diálogo entre os

[8] "A Cabeça Bem Feita" – Repensar a Reforma – Reformar o Pensamento", Bertrand Brasil, 12.ª edição, 2006, págs. 13, 14 e 15 - destaquei.

demais membros das instituições de outras áreas de atuação. A atuação conjunta não significa interferência no modo de agir de cada um dos membros do *Parquet*, mas, respeitando a importância de cada uma das áreas, constroem-se as soluções para os conflitos, com visão multidisciplinar, otimizando o tempo das partes que dialogam e contribuindo para um atuar harmônico e isento de contradições. Essa forma de atuar interagindo ampliará o alcance da tutela dos direitos postos em risco e, como já dito, por via de conseqüência, ampliará o número dos beneficiários.

Todavia, para dialogar, devemos abaixar as armas, reconhecer no outro a importância de seus argumentos, valorizar a diversidade, saber ouvir e acreditar que a divergência somente contribuirá para a efetividade e maior abrangência da solução alcançada.

O TAC da FEBRABAN, para mim, foi o exemplo disso. A visão do lucro se contrapunha à visão social em muitas das discussões travadas. Almejávamos a solução dos conflitos que se ampliavam no âmbito das Promotorias de Justiça e do Ministério Público Federal. Ao ouvir as razões do outro para uma contrariedade apontada, os argumentos ou se fortaleciam ou se esvaziavam, abrindo espaço para a aproximação da solução do conflito. E isso foi obtido. Um Termo de Ajustamento de Conduta que foi capaz de atingir várias instituições financeiras ao mesmo tempo, apesar das especificidades de cada uma delas, conciliando os interesses que o Ministério Público, seja o Federal, seja o Estadual, por meio de cada um de seus representantes, lutavam para defender isoladamente. A abrangência desse acordo foi além, pois embora tenha sido fruto de integrantes dos Ministérios Públicos de São Paulo e Federal, com representação no Estado de São Paulo, foi ele acolhido pelo Ministério Público de Minas Gerais que acabou por aderir ao TAC, já que as questões nele abordadas tiveram o olhar amplo e, portanto, aplicável em qualquer localidade. A FEBRABAN, por sua vez, intenciona divulgar nos demais Estados a existência desse TAC e contar com a adesão dos demais Ministérios Públicos Estaduais.

Os Ministérios Públicos Federal e Estaduais precisam deixar de se preocupar com a conquista de espaço no exercício de suas atribuições e, ciente destas, passarem a unir os esforços para que a defesa do interesse buscado tenha maior alcance com o atuar conjunto. Afinal, seja Federal ou Estadual, ambos, fazem parte de uma mesma instituição, o Ministério Público.

O mesmo raciocínio deve valer quando o problema a solucionar suscitar, por exemplo, questões que se enquadram nas atribuições da Defensoria Pública.

Essas três instituições – Ministérios Públicos Federal, Estadual e Defensoria Pública - existem porque cada uma tem sua importância no cenário jurídico e social do país, não havendo razão para que a conquista de espaço na mídia, em especial, seja motivo para uma contrapor-se à outra. A energia gasta nas discussões a respeito dos limites da atribuição de cada uma delas, deve ser substituída pela união de esforços na busca da defesa dos interesses que lhes foram conferidos para defender.

III- CONCLUSÕES

1) Os conflitos atuais se caracterizam pela diversidade de questões que envolvem, com reflexos em diversas áreas de atuação e somente terão solução eficaz pela a intervenção multidisciplinar de seus agentes.

2) A atuação multidisciplinar direcionará o olhar para o "todo" do conflito, de modo que a solução encontrada terá maior eficácia e abrangência.

3) Para uma atuação multidisciplinar, mister se faz o aprendizado do diálogo e para que o diálogo seja exercitado impõe-se o reconhecimento de que todos os envolvidos na solução do conflito, independente da área de atuação, têm a mesma importância para obtenção do resultado final.

4) O Ministério Público, com atribuição constitucional de defesa dos interesses difusos e coletivos, por certo, é uma instituição que busca a solução dos conflitos sociais. Para tanto, seus representantes, por mais especializados que sejam, têm que reconhecer que a complexidade desses conflitos exige uma atuação conjunta, reconhecendo que, sozinhos, não encontrarão a solução eficaz para todas as questões que o conflito envolve.

5) Na busca da solução eficaz para os problemas sociais complexos da atualidade, os representantes do Ministério Público devem "abrir as portas" de seus respectivos gabinetes e procurar o diálogo com os demais membros da instituição, das mais diversas áreas de atuação, cuja atribuição também está presente no problema a solucionar, evitando a atuação isolada, que só retarda a solução do conflito e não lhe dá a eficácia e abrangência esperada.

6) A atuação conjunta não deve ficar adstrita entre os membros do Ministério Público Estadual ou do Ministério Público Federal, mas também entre essas duas instituições e delas com a Defensoria Pública, a fim de que o interesse tutelado por todas seja realmente protegido.

113

A IMPORTÂNCIA DA DEFESA DA LAIDADE DO ESTADO BRASILEIRO PELO MP PARA A PRESERVAÇÃO DA PAZ SOCIAL

Roberto Livianu*

Promotor de Justiça/SP

EXPOSIÇÃO

Contextualização do tema da laicidade do Estado no Brasil. Retrospecto histórico.

POR QUE será que certas forças conservadoras têm defendido com tanta veemência a manutenção de símbolos de uma única religião em prédios públicos? Por que negar a norma constitucional que determina a separação entre Estado e religiões no Brasil? A quem interessa esse retrocesso?

No ano que vem, o decreto 119-A completa 120 anos de vida. Ele significou um marco histórico, a partir do qual o Brasil optou pelo Estado laico.

E determinou pela primeira vez a separação entre Estado e religiões. Por força dessa norma, cemitérios passaram a ser administrados pelo Estado e instituiu-se a figura do casamento civil.

Isso aconteceu em um contexto de transformações sociais e políticas trazidas pelo novo Estado republicano, que, aliás, no ano seguinte ao decreto, adotaria a laicidade na própria Constituição Federal.

A partir daí, várias questões têm vindo à tona para testar o quanto o Estado brasileiro é realmente laico. E para medir qual a magnitude da separação entre Estado e religiões no país.

Na verdade, desde a reforma protestante, no século 16, Martinho Lutero alertou sobre os problemas relacionados à adoção do direito canônico como instrumento regulador da sociedade.

Preocupava-se com a necessidade de ter leis laicas.

Porque as leis canônicas se lastreiam em dogmas, verdades históricas absolutas e inquestionáveis.

E a comunidade precisa de regras baseadas na racionalidade e mutáveis, porque o comportamento humano é dinâmico e, por isso, mutável.

Antes mesmo dessa separação, também os conceitos de crime e pecado se confundiam. As penas criminais eram, na verdade, castigos a serem impostos àqueles que violavam interesses da igreja ou do Estado, principalmente. E a pena principal era a de morte.

As ideias do modernismo determinaram profunda revisão de conceitos, colocando a dignidade humana como foco de preocupação dos povos.

Apesar disso, no Brasil, setores avessos ao respeito à Constituição e ao Estado Democrático de Direito dizem que a maioria do povo é católica e que isso deve determinar um tratamento privilegiado para a Igreja Católica.

Chegam a propor, ainda que veladamente, na forma de acordo internacional, a violação do artigo 19 da Constituição Federal ao pretender uma reformulação do regime jurídico da relação Estado-religiões.

Isso é negar a essência da democracia. Porque, no sistema democrático, a voz da maioria prepondera na escolha do governante. Mas o eleito, passadas as eleições, deve governar para todos, incluídas as minorias, e não apenas para a maioria que o escolheu.

Essa concepção, que parece óbvia, é realidade concreta na França desde a revolução de 1789, tendo sido banidos de prédios públicos os símbolos religiosos. Da Justiça, das escolas, de todos. Também já se enterrou lá a ideia do ensino religioso em escolas.

---

* Promotor de Justiça em São Paulo, ex-Presidente e coordenador, no Movimento do Ministério Público Democrático (MPD), do projeto "O caráter educativo da laicidade do Estado para a esfera pública: alcance da ação do MP em defesa da cidadania e da democracia" (MPD, USP, Universidade Metodista e Fapesp).

E não é só na França. O mundo ocidental como um todo caminhou nessa direção. E até mesmo em países monarquistas, como Inglaterra e Dinamarca, a manutenção de uma religião oficial não impediu a existência de ordenamento jurídico laico.

Lá se respeitam na plenitude as liberdades públicas e os direitos civis dos cidadãos, sendo autorizado o casamento homossexual na Inglaterra e o aborto na Dinamarca, entre outros direitos.

É triste constatar que, aqui no Brasil, quase 120 anos depois da opção pela república laica, deparamo-nos diariamente com incontáveis desrespeitos à cidadania.

Que a neutralidade religiosa, que deveria ser a tônica das ações dos nossos agentes políticos, ainda seja meta distante de ser alcançada.

Precisamos reafirmar a cada dia nossa opção republicana laica. E precisamos mostrar às próximas gerações de brasileiras e brasileiros que cada um tem o direito à liberdade plena. De manifestação, de associação. De crer ou não crer.

E que ninguém tem o direito de se opor ao exercício desse direito. Que se opor a esse exercício significa negar a república, a democracia e a tolerância religiosa brasileiras.

Os papeis do Ministério Público em relação à defesa da laicidade do Estado brasileiro. A preservação da paz social

O tema da laicidade do Estado traz consigo uma série de questões jurídicas, de expressiva envergadura social, de expressivo relevo constitucional, quer no que pertine à defesa da ordem jurídica, quer no que diz respeito à proteção de direitos difusos e coletivos.

Dentre os valores democráticos brasileiros consagrados e protegidos pela Constituição Federal de 1988 destaca-se o da igualdade de todos perante a lei, tido como princípio fundamental de nossa Carta Magna.

Inerente a este valor, o combate ao desvalor da discriminação em todas as suas dimensões é uma das mais nobres e fundamentais missões atribuídas ao MP no Brasil pela CF de 1988. Quer pela via da responsabilização punitiva criminal, quer pela tutela do direito à igualdade no âmbito civil.

Tal missão está diretamente ligada à preservação da paz social.

Neste sentido, o artigo 19 da CF proíbe aliança entre o Estado e as Igrejas. A palavra *aliança*, aí, deve ter interpretação extensiva, para alcançar qualquer espécie de manifestação do Estado, expressa ou tácita, formal ou informal, omissiva ou comissiva, que possa ter caráter de religiosidade (como os símbolos, por exemplo).

Esse elastério é necessário para possibilitar controle das atividades materiais do Estado tendentes a incursionar no campo da religião.

Um dos papeis mais relevantes que o MP tem de cumprir é o de trabalhar pela erradicação das desigualdades nos mais diversos campos e níveis.

Inclusive no que diz respeito à efetivação do valor da laicidade do Estado brasileiro, como forma de fazer valer a separação entre Estado e religiões bem como de eliminar qualquer privilégio para qualquer religião.

O mais autorizado comentador da Constituição de 1891, a primeira a dar status constitucional à laicidade do Estado, é João Barbalho, constituinte e Ministro do STF. No seu livro, *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, Rio de Janeiro, Typographia da Companhia Litho-Typographia, 1902, p. 305, ele escreveu: *"A fé e piedade religiosa, apanágio da consciência individual, escapa inteiramente à ingerência do estado. Em nome de princípio algum pode a autoridade pública impor ou proibir crenças e práticas relativas a este objeto". Diria: em nome de princípio algum pode a autoridade pública estabelecer aliança, explícita ou velada, com as religiões. Essa proibição constitucional envolve não só a União, como todos os agentes públicos, de todas as esferas e graus de hierarquia. Trata-se de comando constitucional de aplicabilidade plena e imediata.*

A Constituição Federal de 1988, ao incumbir o Ministério Público da defesa da ordem jurídica (Art. 127, "caput"), cometeu-lhe a tarefa de velar pela separação histórica, jurídica e constitucional, entre Estado e Igreja.

E a preservação do valor da laicidade nos prédios públicos é exemplo de atitude em prol do direito à igualdade. Assim, pedir à Justiça que sejam retirados símbolos alusivos a uma religião das dependências de prédios públicos significa agir em defesa da igualdade.

O espaço público é de todos, e não só dos adeptos desta ou daquela religião.

Os agnósticos e ateus, assim como as minorias adeptas a todas e quaisquer religiões, têm direito de estar nesses locais sem se constrangerem com a existência de crucifixos, símbolo de uma religião à qual não aderiram.

Trata-se de respeitar cada brasileiro e cada brasileira no exercício pleno de suas liberdades públicas, que devem ser defendidas sempre de forma intransigente.

Não é concebível que uma determinada religião seja detentora de privilégio face às demais religiões, seitas e credos. Aliás, enfrentar privilégios significa trabalhar pela igualdade de todos perante a Lei.

Em defesa do direito à educação, cabe a adoção de medidas no sentido de impedir que o campo da pedagogia seja subvertido para a evangelização, ideia que também não se coaduna com os princípios democráticos.

No campo da saúde pública bem como nos demais campos em que se lide com a questão da efetivação das políticas públicas, não há que se aceitar a figura do privilégio em benefício de qualquer igreja ou religião, nos termos do que preconiza o disposto no artigo 19 da CF.

CONCLUSÕES

1) Como defensor da ordem jurídica e do regime democrático, cabe ao MP atuar em defesa da prevalência do princípio constitucional da igualdade, quer no âmbito penal, quer no âmbito civil.

2) A Constituição Federal de 1988, ao atribuir ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica (Art. 127, "caput"), incumbiu-lhe da tarefa de velar pela separação histórica, jurídica e constitucional, entre Estado e Igreja.

3) Como defensor do princípio constitucional da igualdade e visando a garantia da paz social, cabe ao MP zelar pela prevalência do caráter laico do Estado brasileiro, esculpido na norma do art. 19 da CF.

BIBLIOGRAFIA

Barbalho, João. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, Rio de Janeiro, Typographia da Companhia Litho-Typographia, 1902, p. 305

Livianu, Roberto. *Sagrada laicidade*, artigo publicado em 07/08/2009 na coluna Tendências/Debates do jornal Folha de São Paulo

Nova, Cristiane e outro – organizadores. *Discurso sobre a separação entre a Igreja e o Estado e sobre o divórcio na Constituinte de 1946*, Carlos Marighella – *in O homem por trás do mito*, Editora Unesp, 1999

Fischmann, Roseli. *Acordo contra a cidadania*, artigo publicado em 23/06/2009 no jornal O Estado de São Paulo.

117

A EXCLUSÃO DOS AGENTES POLÍTICOS DA APLICAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE N. 13 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Analú Librelato Longo

Promotora de Justiça Substituta/SC

Síntese dogmática

Em razão da tendência da Corte Superior em excluir a aplicação da Súmula Vinculante n. 13 aos agentes políticos, faz-se necessária uma atuação uniforme e eficaz por parte do Ministério Público em defesa da Moralidade Administrativa, não se permitindo toda e qualquer nomeação de parentes.

Agentes políticos, na classificação de Celso Antonio Bandeira de Mello, aceita pela quase totalidade da doutrina[1], são os detentores de cargos estruturais à organização política do País, ou seja, os ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado. São eles: o Presidente da República, os Governadores, Prefeitos e respectivos vices, os auxiliares imediatos dos Chefes de Executivo, isto é, Ministros e Secretários das diversas pastas, bem como os Senadores, Deputados federais e estaduais e Vereadores.[2]

Os Princípios da Eficiência e da Impessoalidade, o primeiro abordado a partir do conceito de Nova Gestão Pública, são as principais ferramentas para a atuação do Ministério Público nestes casos.

Fundamentação

A base teórica para a vedação à nomeação de parentes decorria, simplesmente, do próprio artigo 37 do texto constitucional, como reiterou o Supremo Tribunal Federal no RE n. 579.951/RN.

Na sessão Plenária de 21 de agosto de 2008, tendo como precedentes a ADI nº 1.521 - MC (DJ de 17/3/2000), o MS nº 23.780 (DJ de 3/3/2006), a ADC nº 12 (DJ de 01/09/2006) e o RE nº 579.951 (DJ 24/10/2008) o Supremo Feral editou a Súmula Vinculante n. 13, com o seguinte teor:

> A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

Na seqüência de julgados, o Ministro Cezar Peluso deferiu liminar na Reclamação 6.650/PR, suspendendo a decisão judicial do Juiz da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Curitiba/PR, que, nos autos da Ação Popular nº 2.424/2008, impediu a nomeação de Secretário Estadual de Transportes (irmão de Governador), aduzindo que,

[1] Neste sentido: Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Dógenes Gasparini e Marçal Justen Filho.
[2] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 20. ed. São Paulo : Malheiros, 1996. p. 135.

nos caso dos autos, o magistrado reconhecia [...] que a hipótese sob apreciação entra no âmbito de incidência da exceção aberta por esta Corte para os cargos de natureza política.[3]

Posteriormente, os Ministros do STF, nos autos do Agravo Regimental em Medida Cautelar na Reclamação 6.650, comungando com o voto da relatora Min. Ellen Gracie, decidiram que ao caso de nomeação de irmão de Governador de Estado para o cargo de Secretário de Estado não se aplica a Súmula Vinculante n. 13, por ser o cargo de natureza política.[4]

Mais tarde, o Min. Menezes Direito concedeu liminar nos autos da a Reclamação 7590/PR, suspendendo parcialmente os efeitos de sentença que declarou a nulidade do ato de nomeação de Secretária Municipal de Saúde, sob o argumento de que o referido cargo tem natureza político e não administrativa, não incidindo a Súmula Vinculante n. 13.[5]

Por fim, em 30 de Abril de 2009 o Ministro Celso de Mello negou liminar na Rcl 7834 – na qual o Reclamante insurgiu-se contra ato judicial emanado de Desembargador do E. Tribunal de Justiça do Estado do

---

[3] [...] 2. É caso de liminar.
A edição da súmula vinculante nº 13 teve como precedentes: ADI nº 1.521 - MC (DJ de 17/3/2000); MS nº 23.780 (DJ de 3/3/2006); ADC nº 12 - MC (DJ de 1º/9/2006); ADC nº 12 (acórdão pendente de publicação) e RE nº 579.951 (acórdão pendente de publicação).
No julgamento do RE nº 579.951, a Corte enfrentou, expressamente, situação análoga à deste caso, como se tira a este excerto constante do Informativo STF nº 516: "O Tribunal deu parcial provimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte que reputara constitucional e legal a nomeação de parentes de vereador e Vice-Prefeito do Município de Água Nova, daquela unidade federativa, para o exercício dos cargos, respectivamente, de Secretário Municipal de Saúde e de motorista. Asseverou-se, inicialmente, que, embora a Resolução 7/2007 do CNJ seja restrita ao âmbito do Judiciário, a vedação do nepotismo se estende aos demais Poderes, pois decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, caput, da CF, tendo aquela norma apenas disciplinado, em maior detalhe, aspectos dessa restrição que são próprios a atuação dos órgãos jurisdicionais [...].
Aduziu-se que art. 37, caput, da CF/88 estabelece que a Administração Pública é regida por princípios destinados a resguardar o interesse público na tutela dos bens da coletividade, sendo que, dentre eles, o da moralidade e o da impessoalidade exigem que o agente público paute sua conduta por padrões éticos que têm por fim último alcançar a consecução do bem comum, independentemente da esfera de poder ou do nível político-administrativo da Federação em que atue.
Acrescentou-se que o legislador constituinte originário, e o derivado, especialmente a partir do advento da EC 1/98, fixou balizas de natureza cogente para coibir quaisquer práticas, por parte dos administradores públicos, que, de alguma forma, buscassem finalidade diversa do interesse público, como a nomeação de parentes para cargos em comissão ou de confiança, segundo uma interpretação equivocada dos incisos II e V do art. 37 da CF.
Considerou-se que a referida nomeação de parentes ofende, além dos princípios da moralidade administrativa e da impessoalidade, o princípio da eficiência, haja vista a inapetência daqueles para o trabalho e seu completo despreparo para o exercício das funções que alegadamente exercem.
Frisou-se, portanto, que as restrições impostas à atuação do administrador público pelo princípio da moralidade e demais postulados do art. 37 da CF são auto-aplicáveis, por trazerem em si carga de normatividade apta a produzir efeitos jurídicos, permitindo, em conseqüência, ao Judiciário exercer o controle dos atos que transgridam os valores fundantes do texto constitucional.
Com base nessas razões, e fazendo distinção entre cargo estritamente administrativo e cargo político, declarou-se nulo o ato de nomeação do motorista, considerando hígida, entretanto, a nomeação do Secretário Municipal de Saúde. RE nº 579951/RN, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, 20.8.2008." (Grifamos)
Colho dos autos (fls. 04, 5 e 60) que o magistrado reconhece, no decisum, que a hipótese sob apreciação entra no âmbito de incidência da exceção aberta por esta Corte para os cargos de natureza política: "Não se nega, é verdade, que entendimentos existem no sentido de que subsunção não haveria àquela Súmula quando a nomeação fosse feita para os cargos de agente político. Parece, para esta superficial e provisória cognição, que tal entendimento não pode ser sustentado."
Ainda assim, determinou, liminarmente, a suspensão do Decreto nº 3.348/2008, o que aparenta, neste juízo prévio e sumário, afronta à sumula vinculante nº 13. 3. Do exposto, defiro o pedido de liminar, determinando a suspensão da decisão impugnada, com o conseqüente restabelecimento da eficácia do Decreto estadual nº 3.348/2008 [...].

[4] AGRAVO REGIMENTAL EM MEDIDA CAUTELAR EM RECLAMAÇÃO. NOMEAÇÃO DE IRMÃO DE GOVERNADOR DE ESTADO. CARGO DE SECRETÁRIO DE ESTADO. NEPOTISMO. SÚMULA VINCULANTE Nº 13. INAPLICABILIDADE AO CASO. CARGO DE NATUREZA POLÍTICA. AGENTE POLÍTICO. ENTENDIMENTO FIRMADO NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 579.951/RN. OCORRÊNCIA DA FUMAÇA DO BOM DIREITO.
1. Impossibilidade de submissão do reclamante, Secretário Estadual de Transporte, agente político, às hipóteses expressamente elencadas na Súmula Vinculante n. 13, por se tratar de cargo de natureza política.
2. Existência de precedente do Plenário do Tribunal: RE 579.951/RN, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJE 12.9.2008.
3. Ocorrência da fumaça do bom direito.
4. Ausência de sentido em relação às alegações externadas pelo agravante quanto à conduta do prolator da decisão ora agravada.[...].
6. Agravo regimental improvido.

[5] Em primeira análise, considero que o cargo de Secretário Municipal de Saúde tem natureza político e não administrativa, razão por que não incide, no caso concreto, a Súmula Vinculante n. 13. Nesse sentido, decidiu esta Suprema Corte no julgamento do Agravo Regimental na Reclamação n. 6650/PR, Pleno, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ de 21/11/08 [...].

Ceará, que, em tese, teria desrespeitado a Súmula Vinculante n. 13/STF –, fazendo referências aos julgados antes citados.[6]

A partir deste contexto e em se pacificando esta tendência, o Ministério Público, com base nos princípios da Eficiência e Impessoalidade, precisa atuar de forma uniforme e eficaz em benefício da moralidade administrativa, já abalada com a exclusão dos agentes políticos da incidência da Súmula Vinculante n. 13.

Para tanto, importante que o ponto de partida seja uma visão moderna do Princípio da Eficiência e, também, que se faça uma correlação entre esse e o Princípio da Impessoalidade.

Andréa Lopez, analisando o conceito da chamada Nova Gestão Pública, aduz que o referido fenômeno está calçado na **trilogia economia, eficácia e eficiência**, priorizando uma série de transformações apoiadas nas idéias básicas da ciência da administração ou gestão, como fonte de propostas para melhorar o setor público a partir de experiências de sucesso no setor privado.[7]

Nessa linha, Fábio Medina Osório enfatiza que, quando se trata do Princípio da Eficiência, trabalham-se as noções ínsitas à chamada Nova Gestão Pública, num corte metodológico evidente, o que supõe admitir um novo programa estatal de gestão, dentro de certos paradigmas que rompem os clássicos modelos de Administração Pública.[8]

Em síntese, faz-se uma aproximação aos paradigmas de qualidade e eficiência perseguidos pelo setor privado, buscando verdadeiramente eficiência e resultados a partir do monitoramento de indicadores e planejamento estratégico.

Com isso, evita-se, um primeiro problema, qual seja, o agrupamento das patologias da desonestidade e da ineficiência debaixo do rótulo má gestão pública, tendo em mente que a ineficiência em altos graus proporciona um ambiente ideal à corrupção, já que o exercício de um simples direito se transforma em favor.[9]

O Princípio da Impessoalidade, por sua vez, consiste na exigência de que o administrador não marque sua atividade administrativa pela perseguição de fins particulares, motivações egoístas, ambições e favorecimentos pessoais que se sobreponham ao interesse público. Isso porque os agentes públicos não representam, ou não poderiam representar, seus próprios interesses, devendo atuar de modo impessoal e imparcial.[10]

Os Princípios da Eficiência e Impessoalidade entrelaçam-se e são igualmente desrespeitados quando da nomeação de parentes absolutamente inapetentes para o trabalho e completamente despreparados para o exercício das funções previstas, o que culmina num evidente desvio de finalidade, porquanto permite que o interesse privado prevaleça sobre o interesse coletivo.[11]

---

[6] Impende observar, considerados os elementos contidos nestes autos, que o ato objeto da presente reclamação parece não haver desrespeitado a autoridade da Súmula Vinculante n. 13/STF.
É que as razões de decidir invocadas no ato judicial ora questionado (ainda mais se considerar o contexto em que proferido) revelar-se-iam conformidade com aquelas que deram suporte à Súmula Vinculante n. 13/STF,o que bastaria para afastar, ao menos em juízo de estrita delibação, a alegação de desrespeito à autoridade daquele pronunciamento sumular do Supremo Tribunal Federal.
Isso porque, ao indeferir o pedido de concessão de efeito suspensivo ativo ao Agravo de Instrumento nº 2008.0007.4775-7/0, a autoridade reclamada entendeu que o Supremo Tribunal Federal, "[...] ao aprovar o enunciado da Súmula Vinculante n. 13, excluiu, em princípio, os exercentes de cargos de natureza eminentemente política – Secretários Municipais, Estaduais e Ministros de Estado, conforme o caso [...]".
Com efeito, a autoridade judiciária que figura como reclamada, ao negar o pedido formulado pela parte ora reclamante no Agravo de Instrumento n. 2008.0007.4775-7/0, para que fossem suspensos os efeitos do ato de nomeação de Ivo Ferreira Gomes, parece haver fundamentado, adequadamente, a sua decisão, proferida em sede cautelar. Impende registrar, por necessário, que o eminente Ministro MENEZES DIREITO, ao defrontar-se com pretensão reclamatória muito semelhante à presente, veio a indeferir o pedido de medida cautelar (Rcl 7.590-MC/PR). Vale transcrever, neste ponto, por extremamente oportunas, as doutas considerações expendidas pela eminente Ministra ELLEN GRACIE, por ocasião do julgamento do recurso de agravo interposto contra a decisão que deferira cautelar na Rcl 6.650/PR: "AGRAVO REGIMENTAL EM MEDIDA CAUTELAR EM RECLAMAÇÃO. NOMEAÇÃO DE IRMÃO DE GOVERNADOR DE ESTADO. CARGO DE SECRETÁRIO DE ESTADO. NEPOTISMO. SÚMULA VINCULANTE Nº 13. INAPLICABILIDADE AO CASO. CARGO DE NATUREZA POLÍTICA. AGENTE POLÍTICO. ENTENDIMENTO FIRMADO NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 579.951/RN. OCORRÊNCIA DA FUMAÇA DO BOM DIREITO.
1. Impossibilidade de submissão do reclamante, Secretário Estadual de Transporte, agente político, às hipóteses expressamente elencadas na Súmula Vinculante nº 13, por se tratar de cargo de natureza política.
2. Existência de precedente do Plenário do Tribunal: RE 579.951/RN, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJE 12.9.2008. 3. Ocorrência da fumaça do bom direito. 4. Ausência de sentido em relação às alegações externadas pelo agravante quanto à conduta do prolator da decisão ora agravada. 5. Existência de equívoco lamentável, ante a impossibilidade lógica de uma decisão devidamente assinada por Ministro desta Casa ter sido enviada, por fac-símile, ao advogado do reclamante, em data anterior à sua própria assinatura. 6. Agravo regimental improvido."
(Rcl 6.650-MC-AgR/PR, Rel. Min. ELLEN GRACIE - grifei)
Sendo assim, e sem prejuízo de ulterior análise do pleito em questão, indefiro o pedido de medida cautelar.

[7] LOPEZ, Andréa. Disponível http://www.fts.uner.edu.ar/catedras03/adm_publica/lecturas/18_La_Nueva_Gestion_Publica. Precisiones_para..._LOPEZ.pdf

[8] OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da Improbidade Administrativa. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2007, p. 165.

[9] CASSESE, Sabino *apud* OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da Improbidade Administrativa. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2007, p. 77.

[10] Nesse sentido: MEDAUAR, Odete. O Direito Administrativo em Evolução. São Paulo : RT, 1992.

[11] Nesse sentido o voto do Ministro Ricardo Lewandowski no RE 579.951/RN, fl. 14.

A partir do conceito destes dois Princípios e com intuito, como já dito, de enfrentar a exclusão dos agentes políticos da incidência da Súmula Vinculante n. 13, pensou-se, sem a pretensão de esgotar o tema, obviamente, em estabelecer alguns critérios para apurar as motivações das nomeações de parentes aos cargos em comissão políticos. São eles, em síntese: a) natureza do cargo; b) ocupação anterior de cargo público; c) grau de escolaridade; d) formação técnica ou know how; e e) nomeações de parentes em números módicos.

Frisa-se que, embora chamados de critérios, consistem em meras proposições que devem ser avaliadas em conjunto, respeitadas as peculiaridades de cada caso e, em especial, de cada Município.

A natureza do cargo é questão precedente à analise do nepotismo. Optou-se, todavia, em indicar como sendo um dos critérios a serem "exigidos", por conta da decisão do Supremo Tribunal Federal que tornou nula a nomeação do motorista no julgamento RE n. 579.951. Salvo melhor juízo, a Suprema Corte não deveria ter assim decidido sob o argumento da ocorrência de nepotismo, ou, não tão somente. Mas sim, ou também, porque o cargo de motorista é de provimento efetivo e não de livre nomeação.

Em suma, não se pode permitir a ocupação de cargos efetivos por pessoas sem concurso (parentes ou não).

Nessa linha, devem ser verificadas e coibidas também as contratações de parentes, falsamente acobertadas pela exceção constitucional da excepcionalidade e temporalidade (art. 37, IX, da CF). Essas situações dispensam a abordagem do nepotismo, bastando que se identifique que as contratações aparentemente temporárias estão ocorrendo por tempo indeterminado e para atender necessidade permanente.

Então, o primeiro ponto a ser verificado é se a nomeação deu-se para cargo verdadeiramente em comissão.

Como lembra Diogenes Gasparini, [...] os cargos de provimento em comissão são próprios para a direção, comando ou chefia de certos órgãos, onde se necessita de um agente que sendo de confiança da autoridade nomeante se disponha a seguir sua orientação, ajudando-a a promover a direção superior da Administração.[12]

Em não havendo a distorção, tratando-se de um cargo em comissão, o segundo passo é verificar se o caso é de nomeação para ocupar cargos estruturais à organização política do País (agente político), utilizando-se, mais uma vez, da conceituação de Bandeira de Mello.

Afinal nem todo cargo em comissão é ocupado por agente político. Existem os chamados cargos em comissão de natureza administrativa, não excluídos da incidência da Súmula em comento pelo Supremo Tribunal Federal.

É bem verdade que não existe unanimidade do que sejam os cargos em comissão de natureza política e os de natureza administrativa, sendo aceita a definição de que os primeiros são aqueles que têm acento constitucional. Assim, pelos exemplos citados por Bandeira de Melo, agentes políticos ocupantes de cargos em comissão (para se limitar ao tema em estudo) são os Secretários Municipais e Estaduais.

Ultrapassadas estas questões precedentes, o primeiro requisito que se propõe é que o **nomeado já tenha ocupado outro cargo público**, ou seja, que não adentre no serviço público pelas mãos do parente nomeante.

Tal exigência contribui para que a experiência seja um dos vetores da nomeação. Talvez, com isso, amenizem-se as práticas politiqueiras tendentes a usar a nomeação simplesmente para vitrine na formação de um sucessor, que até então ostente pouca popularidade.

O **grau de escolaridade compatível** é outra questão essencial, devendo ser compatível com a complexidade do cargo.

A própria natureza e atividade do cargo apontam para a alta complexidade, já que, aos agentes políticos, como dito acima, são destinados os cargos estruturais à organização política do País no desempenho de funções diretivas.

E não se diga que não é possível exigir do nomeado que tenha mais qualificação que o nomeante. Pode-se sim. Isso porque os ocupantes de cargo eletivo são investidos pelo povo. Essa escolha, por consistir no exercício supremo da democracia, é ilimitada, não estando atrelada a outras exigências além das constitucionais (limite de idade, por exemplo).

Situação diversa é a dos agentes políticos, que devem ser indicados por conta de seus atributos não apenas pessoais, mas essencialmente técnicos. Referidos funcionários enfrentarão questões complexas, como o orçamento de suas pastas, gerenciamento de pessoal capacitado, aquisição de bens e serviços, processos licitatórios etc. Para tanto, imprescindível a escolaridade que ultrapasse as raias do ensino fundamental.

Via de regra, a Lei que cria determinado cargo traz a descrição das atividades e o grau de escolaridade exigido. Isso, por determinação do próprio artigo 37, I, da Constituição Federal: [...] os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei.

Importante que se verifique se tal exigência é preenchida pelo nomeado.

De outro vértice, e no campo da prevenção, relevante que as Leis que criam cargos tenham sua legalidade e constitucionalidade verificadas, em especial, se forem omissas quanto à descrição dos cargos e ao grau de escolaridade referente.

Outra alternativa, é o Ministério Público Recomendar que os chefes de poderes corrijam tais omissões, por outra Lei ou por Decreto Regulamentador.

---

[12] GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 7ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 241.

Como bem anota Marçal Justen, a criação e a disciplina do cargo público faz-se, necessariamente, por lei, no sentido de que a lei deverá contemplar a disciplina essencial e indispensável. Isso significa estabelecer o núcleo das competências, dos poderes,dos deveres, dos direitos, do modo de investidura e condições de exercício das atividades. Portanto, não basta uma lei estabelecer, de modo simplista, que fica criado o cargo de servidor público. Nada impedindo, todavia, a possibilidade de disciplina complementar por meio de regulamento administrativo.[13]

Propõe-se, assim, em não havendo disposição legislativa, que o grau de escolaridade do agente político não seja aquém do grau de escolaridade da maioria de seus subordinados, repudiando-se a nomeação de analfabetos, semi-anafalbetos e dos que tenham freqüentado apenas o ensino fundamental.

A **formação técnica e/ou know how** na área em que irá atuar é outro requisito que vai ao encontro da boa gestão. Inibe-se, desta forma, que por motivos pessoais (e certamente não técnicos) nomeiem-se pessoas que nada conhecem da pasta a ser ocupada. De outra banda, fortalecem-se as nomeações de egressos do ramo, com experiência acumulada no setor público ou privado.

Não se olvide, que o titular do cargo público é um mandatário que deve atuar na defesa do verdadeiro titular dos interesses que lhe foram confiados (a sociedade). Tais interesses não se restringem à exigência de honestidade, alcançando a eficiência.[14]

Por fim, o que se propõe é que o **número de parentes agentes políticos** seja inferior ao de não parentes nomeados. Afinal, não é crível que o administrador tenha em sua árvore genealógica todos os cidadãos competentes e imprescindíveis para uma boa administração.

O artigo 37, V, da Constituição Federal exige que os cargos em comissão sejam ocupados em percentual mínimo definido em lei por servidores de carreira. A lei ali referida será de cada entidade política, mas especialmente na fixação dos percentuais mínimos, deverá observar o princípio da razoabilidade, sob pena de fraudar a determinação constitucional, no sentido de uma parte dos cargos em comissão ser provida de forma totalmente livre e outra, parcialmente, diante das limitações e condições previstas nessa lei.[15]

O primeiro ponto, e estar-se-ia agindo mais uma vez no campo da prevenção e atacando por via transversa o nepotismo, é que se Recomende a edição dessas normativas Municipais ou Estaduais. Numa rápida pesquisa, limitada pelo curto espaço de tempo, percebeu-se, por exemplo, que a grande maioria dos municípios catarinenses não editaram essas leis (ou não inseriram artigos na Lei que define o Plano de cargos e salários), em obediência ao comando constitucional.

Mesmo respeitado o mínimo legal (imaginando-se, então, que os entes tenham suas normativas neste sentido), em se percebendo um número exagerado de parentes nomeados, dentro do percentual que pode ser preenchido por servidores que não sejam de carreira, pode-se coibir igualmente argumentando-se desproporcionalidade e ofensa aos Princípios da Eficiência e Impessoalidade.

Conclusão

Conclui-se, portanto, que:

a) em se pacificando a tendência demonstrada pelo Supremo Tribunal Federal no sentindo de excluir da aplicação da Súmula Vinculante n. 13 os agentes políticos, o Ministério Público precisa estabelecer critérios para uma atuação uniforme e eficiente;

b) Os Princípios da Eficiência e da Impessoalidade, o primeiro abordado a partir do conceito de Nova Gestão Pública, são as principais ferramentas para a atuação do Ministério Público nestes casos;

c) O Ministério Público deve atuar no controle da legalidade e constitucionalidade (a) das leis que criam cargos sem definir as atividades e o grau de escolaridade, (b) das leis que criam cargos em comissão desrespeitando os requisitos da direção, chefia e assessoramento, bem como (c) da Lei de Plano de Cargos e Salários que não define o percentual mínimo de cargos em comissão que serão ocupados por servidores de carreira, atacando, com isso, por via transversa, o nepotismo;

d) Para se apurar as motivações das nomeações de parentes aos cargos em comissão políticos é preciso valer-se de critérios. Propondo-se os seguintes: a) que se trate de cargo genuinamente em comissão; b) que o nomeado já tenha ocupado outro cargo público; c) que possua grau de escolaridade compatível com a complexidade do cargo a ser ocupado; d) que o nomeado possua formação técnica e/ou know how na área em que irá atuar; e e) que as nomeações de parentes sejam em números módicos.

---

[13] Nesse sentido JUSTEN, Marçal.

[14] Nesse sentindo: OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da Improbidade Administrativa. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2007, p. 70.

[15] MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 27. ed. atual. São Paulo, 2002. p. 394.

XVIII CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

"O Ministério Público como Fator de Redução de Conflitos e Construção da Paz Social"

Área Criminal

006

INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 483, III e § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Diego Nardo

Promotor de Justiça-TO

JUSTIFICATIVA

A reforma do processo penal, cuja entrada em vigor deu-se em agosto de 2008, trouxe inovações dignas de aplauso. Entretanto, uma delas é preocupante por dar espaço a decisões no tribunal do júri inaptas a gerar a pacificação social. Isso porque uma das inovações pode 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.

Nota-se que o questionamento dá azo a respostas absolutórias fundadas em piedade, uma vez que não exige fundamentação da absolvição (que comumente vem implícita na pergunta). Equiparar-se-ia a um *non liquet*, fruto de uma decisão contraditória por parte do conselho de sentença.

No entender de alguns, a pergunta "o jurado absolve o acusado?" é inconstitucional, por várias razões explicitadas a seguir.

FUNDAMENTAÇÃO

Conforme o artigo 483, III, da Lei 11.689/08, aos jurados deverá ser feita a seguinte pergunta: "o jurado absolve o réu?" após confirmaram materialidade e autoria.

Entretanto, nessa única resposta os jurados deverão demonstrar a opção por uma das teses defensivas. É como se fosse feita a pergunta: "o jurado absolve o réu por quaisquer das teses defensivas?".

Por esta sistemática, o Ministério Público deve submeter todas as suas teses e circunstâncias, uma por uma, e a defesa pode usar de apenas um quesito para apresentar suas teses que, não raro, são mais de uma. Isso gera uma aglutinação de respostas em uma pergunta apenas, podendo gerar uma aglutinação de respostas absolutórias, numa falsa maioria.

São conseqüências da quesitação proposta pela Lei 11.689/08:

a) o Ministério Público não terá como recorrer se houver mais de uma tese defensiva. Isso porque não se saberá qual foi a acolhida pelo júri. Assim, haverá mácula à igualdade, contraditório, duplo grau de jurisdição e verdade real, todos princípios constitucionais. Comentando o então anteprojeto de alteração do Código de Processo Penal, o saudoso professor Hermínio Alberto Marques Porto no mesmo sentido ensinou:

> "o sentido da pergunta 'culpado ou inocente', irá gerar dificuldades insuperáveis para o necessário encontro, em etapa recursal, do fundamento da decisão absolutória, pois a resposta pela inocência do acusado trará implícita, ao lado de outros exemplos, a aceitação de causa de exclusão de ilicitude não determinada. O aspecto criará dificuldades na formulação, em etapa recursal, de razões voltadas para a reforma ou manutenção da decisão dos jurados, bem como criará embaraços na apreciação, pela instância superior, do mérito da apelação manifestada por ser, por uma das partes, tida a decisão dos jurados como contrária à prova dos autos. Temos como imprópria a proposta fórmula indagativa, pois à decisão dos jurados devem ser levados, através de quesitos, temas defensivos nominalmente tratados"[1].

[1] *In* Tribunal do Júri: Estudo sobre a mais Democrática Instituição Jurídica Brasileira, coordenação de Rogério Lauria Tucci, São Paulo: RT, 1999, p. 210.

b) criar-se-á uma falsa maioria devido a uma antinomia: o artigo 489 da novel lei afirma que as decisões serão tomadas por maioria de votos, ou seja, quatro. Caso haja sete teses defensivas, e cada jurado acolher uma delas, a absolvição parecerá unânime, mas cada tese angariou um voto apenas. Não obteve a maioria que a lei exige.

c) criar-se-á uma soberania "absoluta" do Conselho de Sentença, ferindo um sistema que sempre permitiu apelação de mérito. A soberania absoluta surge quando o Ministério Público não tem como atacar a tese defensiva escolhida, por não ter ficado expressa. Fere-se o duplo grau de jurisdição.

O sistema "condena ou absolve" anglo-saxão é maniqueísta e conflitante com o sistema brasileiro de sigilo, onde não se pode discutir a causa e chegar a uma decisão unânime madura. O que se quer é uma decisão baseada num quesito que pretende resumir um dia de discussões. Para o jurado, resta apenas avocar a lembrança remota da discussão, afastando-se assim da verdade real. É a institucionalização do "alea jacta est". Com efeito, o quesito plenipotente impede que o jurado analise integralmente a causa. Retira-se do jurado a própria soberania, de previsão constitucional.

Se um argumento defensivo é falacioso, outro verossímil, o jurado não tem como demonstrar seu posicionamento. Faz até papel de ridículo por haver suspeita que ele acolheu a tese falaciosa. Não se podendo aferir qual a decisão, fere-se o artigo 93, X, da Constituição Federal.

Como exemplo, vislumbra-se a situação de alguém que evoca legítima defesa e inimputabilidade. A lei nova não previu quesito para inimputabilidade. Se absolvido, sequer se saberá se cabe medida de segurança ou absolvição própria. Não há falar que o juiz dirimirá isto, pois é incompetente para crimes dolosos contra a vida. Ferir-se-ia o princípio do juiz natural, também constitucional.

Verifica-se que há na problemática uma lesão ao princípio da proporcionalidade: há mais proteção ao excesso estatal do que proibição de proteção insuficiente (*übermassverbot* x *untermassverbot*). Esta última é uma liberalidade irracional da defesa. O Supremo Tribunal Federal já deixou claro que também há inconstitucionalidade por falta de proteção estatal a alguma situação (Suspensão de liminar 235-0/TO, rel Min. Gilmar Mendes):

> "Como tenho analisado em estudos doutrinários, os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição de excesso (Übermassverbot), mas também uma proibição de proteção insuficiente (Untermassverbot)(Claus-Wilhelm Canaris, Grundrechtswirkungen um Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatsrechts, JuS, 1989, p. 161)."

CONCLUSÃO

Diante disto, pugna-se pelo reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 483, III, e §2°, 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"?.

Em caso de excesso doloso de legítima defesa, deve o Promotor de Justiça buscar a votação negativa ao quesito acima. A defesa, por sua vez, deverá pedir a quesitação de crime culposo em caso de alegar excesso culposo na legítima defesa.

Em caso de a única tese defensiva ser a de negativa de autoria, a pergunta é despicienda, e potencialmente geradora de contradição, de forma que não deve ser formulada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Tribunal do Júri: Estudo sobre a mais Democrática Instituição Jurídica Brasileira, coordenação de Rogério Lauria Tucci, São Paulo: RT, 1999.

GOMES, Márcio Schlee. A inconstitucionalidade da quesitação na reforma do júri. Arts. 482 e 483 da Lei nº 11.689/08. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1874, 18 ago. 2008. Disponível em: < acessado em: 02/out/2008.

LUZ, Marcos Caires. A falsa maioria do inciso III e § 2º do art. 483 do Código de Processo Penal. Lei nº 11.689/2008. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1839, 14 jul. 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?Id=11484>, acessado em: 02/out/2008.

SOUZA, Lara Gomides de, JUNIOR, Luiz Lopes de Souza. SOUZA, Luma Gomides de. *Lei 11.689/08: Novo Júri*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080616165259898, acessado em 02/out/2008.

010

DA ADMISSIBILIDADE DA RETRATAÇÃO DA REPRESENTAÇÃO NO CURSO DA AÇÃO PENAL NOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS FACE À INCOMPATIBILIDADE DO ARTIGO 25 DO CPP COM A LEI Nº 9.099/95

Andréa Simone Frias

11ª Promotora de Justiça de Cascavel

I – Justificativa

Tendo como de partida o que dispõe o artigo 92 da Lei 9.099/95[1], segundo o qual as normas do Código de Processo Penal somente podem incidir nos Juizados Especiais Criminais em caráter subsidiário, desde que com ela não sejam incompatíveis, bem como que os Juizados Especiais tem por escopo a busca pela conciliação, conforme dispõe o artigo 2º, das Disposições Gerais da Lei 9.099/95, vislumbra-se uma antinomia na aplicação do artigo 25 CPP junto ao JECRIM.

Não obstante a isto, o artigo 25 do CPP[2] (sem maiores questionamentos doutrinários e jurisprudências) tem sido aplicado irrestritamente junto aos Juizados Especiais Criminais obstando, por não raras vezes, a realização da conciliação como forma de solução do conflito posto em juízo com o recebimento de inicial acusatória, pois referida regra limita a possibilidade de retratação da representação até o oferecimento da denúncia.

Assim, muito embora se tenha como sedimentada a regra de que somente é possível a retratação a representação até o oferecimento da denúncia perante a jurisdição penal comum, justifica-se a elaboração deste trabalho para demonstrar que em sede de JECRIM, nas ações penais condicionadas à representação, é possível a retratação da representação até o momento da prolação da sentença.

II – Introdução

Não obstante tenham os Juizados Especiais Criminais regras e princípios próprios onde, efetivamente, o legislador premiou o espaço de consenso ao espaço de conflito, ou seja, permitiu a conciliação em situações em que outrora a lide penal era a única forma de resolver os conflitos no âmbito do direito penal, nas hipóteses da transação penal e da suspensão condicional do processo.

Entretanto, vemos que na prática tem se limitado a possibilidade de conciliação no JECRIM, ao não se permitir a retratação da representação depois de ofertada/recebida a denúncia, fazendo-o com fundamento na aplicação subsidiária de regra constante do CPP.

Assim, em relação à Representação aplicável aos delitos de ação penal pública condicionada, ainda que com alguma elasticidade de interpretação, tem-se adotado como premissa a regra estabelecida no artigo 25 do CPP, onde é vedada a sua retratação depois de ofertada a denúncia.

O presente estudo procurará demonstrar a não incidência da regra insculpida no artigo 25 do CPP nos Juizados Especiais Criminais, asseverando por sua incompatibilidade com a finalidade conciliatória incidente nos Juizados.

---

[1] ***Art. 92*** *– Aplicam-se subsidiariamente as disposições dos Códigos Penal e de Processo Penal, no que não forem incompatíveis com esta Lei (grifei).*

[2] ***Art. 25*** *– A representação será irretatáve, depois de oferecida a denúncia.*

Por fim, pretende-se demonstrar que a matéria em estudo não se trata de mera retórica doutrinária, vez que sua incidência prática junto aos JECRIM, permite uma maior solução pacífica das lides criminais, e por via de conseqüência aplicar na justiça penal mais uma possibilidade de pacificação social de conflitos, vez que esta finalidade vai ao encontro não só com os princípios que orientam a atuação dos juizados, mas com os próprios reclamos sociais modernos para uma maior efetividade da atuação jurisdicional.

III – Da finalidade conciliatória dos Juizados Especiais Criminais

Diferentemente, do tratamento dado na justiça comum, onde a conciliação, na esfera civil, apesar de aplicável, no mais das vezes se traduz como mera fase procedimental, e na esfera criminal sequer é possível. Em sede de Juizados Especiais Cíveis e Criminais, a conciliação consiste na própria finalidade desta justiça especializada.

Neste diapasão, tem-se que a regra insculpida no artigo 2º, das Disposições Gerais, da Lei nº. 9.099/95[3], onde estão elencados como critérios (ou princípios como se refere a doutrina) aplicáveis aos Juizados Especiais Cíveis e Criminais a oralidade, a simplicidade, a informalidade e a economia processual. Na seqüência, ou seja, guiados por estes princípios, os Juizados Especiais buscam, sempre que possível, a conciliação ou a transação.

A conciliação como a doutrina já firmou entendimento no âmbito penal, consiste em ato de disposição entre as partes para a solução do conflito.

Já a transação penal se mostra como possibilidade de solução do conflito penal, onde se excepciona o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, desde que preenchidos os requisitos legais estabelecidos pelo artigo 76 da Lei nº 9.099/95, mediante a proposta pelo Ministério Público de uma medida alternativa não restritiva de liberdade, com a respectiva aceitação do acusado e homologação judicial.

O objeto do presente estudo se limitará às hipóteses de conciliação no âmbito dos Juizados Especiais Criminais. Partindo desta premissa, nosso foco se dará nas ações penais públicas condicionadas à representação, vez que muito embora cabível a conciliação nas ações penais privadas, o tema em estudo refere-se à possibilidade de retratação de representação, posto que quanto à queixa-crime descabe retratação, pois o querelante sendo dono da ação penal, e nela vigendo o princípio da disponibilidade, é cediço que dela pode dispor a qualquer momento, portanto, não há qualquer relevância no seu estudo neste trabalho

Assim, tendo sido a conciliação erigida pelo legislador, como finalidade do processo nos Juizados Especiais Criminais, e tal qual consta do dispositivo legal supra, deve ser buscada sempre que possível, neste sentido:

> *"O modelo agora introduzido se fundamenta no consenso a ser estabelecido, com as figuras da conciliação; (envolvendo acordo e transação); representação nas lesões leves e culposas, bem como com a figura da suspensão condicional do processo, já referida, que merecerá outras anotações no momento aprazado. Rompe-se, assim, com o formalismo em busca da verdade real, adotando-se a 'verdade consensual', na expressão do Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO"*[4]

IV – Do caráter subsidiário da aplicação das normas contidas no CPP nos Juizados Especiais Criminais

O artigo 92, da Lei nº 9.099/95 dispõe acerca da aplicabilidade das normas do código penal e de processo penal nos Juizados Especiais, entretanto, por expressa disposição contida no início e na parte final do referido dispositivo legal, tal incidência somente é cabível de forma subsidiária.

Dessa forma, tem-se que o legislador valendo-se de excessiva cautela foi redundante ao primeiramente mencionar sobre a aplicação subsidiária destes dispositivos legais, e ao final asseverar que tem lugar a incidência de aludidos diplomas legais naquilo que não forem incompatíveis com a própria Lei dos Juizados Especiais.

Ora, ao mencionar sobre a aplicação subsidiária das regras do Código Penal e do Código de Processo Penal nos Juizados Especiais Criminais, por si só já estar-se-ia delimitando a hipótese da incidência destes diplomas legais, somente naquilo que não estivesse previsto e que fosse compatível com as regras e princípios orientadores dos Juizados Especiais. Entretanto, por excessiva, mas justificável, cautela restou expressamente contido no dispositivo legal em bosquejo a ressalva de que o CP e o CPP só serão aplicáveis aos juizados naquilo em que não forem incompatíveis com a legislação especial.

A afirmação é no sentido da excessiva, mas justificável cautela do legislador, vez que frente à amplitude das inovações contidas na lei nº 9.099/95, que quebrou verdadeiros dogmas do direito penal pátrio (como a

---

[3] ***Art. 2º** - O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação (grifei).*

[4] KUEHNE, Maurício e Outros. *In* Lei dos Juizados Especiais Criminais. 2ª Ed. Juruá. Curitiba, 1997, pg. 18.

indisponibilidade absoluta da ação penal pública incondicionada) era plenamente previsível que houvesse resistência à incidência de diversos dispositivos legais, nas hipóteses cuja aplicação demandasse alguma outra forma de interpretação que não a meramente literal.

Diante das considerações supra, bem como sendo pacífico o entendimento doutrinário e jurisprudencial, tem-se que as regras do CPP, e dentre elas a incidência do artigo 25 objeto do presente estudo, somente poderiam ser aplicadas no âmbito dos Juizados Especiais Criminais naquilo que não fossem incompatíveis com as normas e princípios elencados na Lei nº. 9.099/95.

V – Da incompatibilidade da regra contida no artigo 25 do CPP nos Juizados Especiais Criminais

O artigo 25 do CPP dispõe que a representação é irretratável depois de oferecida a denúncia, sendo que referido dispositivo legal não tem sofrido grandes questionamentos em sede doutrinária e jurisprudencial, vez que se encontra em consonância com as regras e princípios aplicáveis ao direito penal e processual penal comum.

De fato, é pacífico o entendimento que na ação penal pública condicionada à representação a titularidade da ação penal durante desde o seu nascimento, com a ocorrência do ilícito, é do Ministério Público. Portanto, somente este está legitimado para a sua propositura, sendo que uma vez suprida a condição de procedibilidade imposta pela lei penal consistente na representação. Assim, havendo a representação no prazo decadencial a natureza ação penal se transmuda para pública incondicionada, nela passando a incidir os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade.

Neste passo, o legislador houve por bem em limitar o poder do ofendido (ou de seu representante legal), ou seja, se de um lado deferiu a ele o poder de autorizar ou não a atuação estatal por parte do órgão legitimado para a propositura da ação, de outro restringiu este poder ao determinar que eventual retratação da representação, pode sim ocorrer, entretanto, somente é possível fazê-lo até o momento em que seja ofertada a denúncia, vez que este seria o marco final para dispor da ação penal e, depois disso, o Ministério Público passa a ser o titular absoluto da ação penal.

Ora, é plenamente justificável a regra insculpida no artigo 25 do CPP, diante dos princípios que orientam a ação penal nos crimes que tramitam perante a justiça penal comum, quais sejam os princípios da indisponibilidade e da obrigatoriedade.

Entretanto, em sede de JECRIM ousamos em discordar desta pacificada orientação doutrinária e jurisprudencial, posto que a regra insculpida no artigo 2º da Lei º 9.099/95 não trás qualquer limitação para a conciliação, não tendo lugar nesta justiça penal especial a referida restrição, pois ainda que interposta (e até mesmo recebida) a denúncia, mostra-se perfeitamente possível que as partes venham a se compor, manifestando o ofendido (ou seu representante legal) pela retração da representação antes ofertada, como forma de conciliação e solução pacífica do conflito.

Neste diapasão, temos que sopesar, segundo a regra do artigo 92 da Lei nº 9.099/95, se existe compatibilidade entre o disposto no artigo 25 do CPP com o disposto na parte final do artigo 2º, da Lei dos Juizados Especiais.

Sem dúvida a resposta a este questionamento passará pela análise da condicionante contida no artigo 2º, da Lei nº 9.099/95, consistente na expressão "sempre que possível". Para nós a aplicação do referido dispositivo legal, na análise da possibilidade da retratação da representação depois de oferecida ou mesmo recebida a denúncia, tem como único limitador a sentença de mérito, pois em sede de JECRIM somente não é possível obter a conciliação quando prestada a função jurisdicional, ou seja, quando o juiz (sujeito imparcial do processo) disser o direito, impondo sua decisão à vontade das partes (sujeitos parciais do processo).

Assim, a expressão "sempre que possível" não está a autorizar que norma constante de legislação subsidiária, no caso o CPP, venha a ser aplicada, restringindo a própria finalidade dos Juizados que é busca pela conciliação.

Dessa forma, temos que é possível em sede dos Juizados Especiais Criminais a retratação da representação em qualquer fase do processo, desde que antes da sentença de mérito, pois a Lei nº 9.099/95 não limitou esta possibilidade, vez que nada mencionou sobre o tema, e o artigo 25 do CPP não é aplicável ao JECRIM, pois é incompatível com o disposto no artigo 2º, da Lei nº 9.099/95.

Ressalte-se, ainda, que artigo 74 da Lei nº 9.099/95[5] ao prever o instituto da composição civil extintiva da punibilidade nada mencionou condicionando a um momento procedimental limite de sua realização, entretanto, é categórico em afirmar que a sua incidência acarreta a renúncia ao direito de representação ou queixa, portanto a composição civil extintiva da punibilidade pode ser aplicada em qualquer momento processual até a prolação da

[5] ***Art. 74*** *- A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.*
Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação (grifei).

sentença. E aqui é cabível a máxima da hermenêutica jurídica de quem pode o mais (renunciar) pode o menos (retratar-se).

Do exposto, infere-se que:

I – a retratação da representação antes de oferecida denúncia desautoriza o Ministério Público a propor a ação penal, pois carece de legitimidade;

II – a retratação da representação depois de oferecida denúncia e antes do seu recebimento, acarreta à rejeição da inicial acusatória por ausência de justa causa para início da ação penal (art. 395, III, CPP, aplicado analogicamente), pois o processo cumpriu com sua finalidade conciliatória;

III – a retratação da representação depois de recebida a denúncia, devidamente homologada pelo juiz, após pronunciamento do Ministério Público, acarreta a extinção do processo sem julgamento do mérito, com fundamento no artigo 74, da Lei nº 9.099/95.

VI – Da eficácia prática em não se restringir a possibilidade de retratação da representação até o momento da sentença

Ainda que num primeiro momento possa se questionar acerca de eventual ineficácia, sob o ponto de vista prático da questão, – vez que a tentativa de conciliação é fase antecedente obrigatória no rito procedimental dos delitos de menor potencial ofensivo – pois quando da realização da audiência preliminar normalmente são esgotadas as possibilidades de conciliação. Não concordamos com este ponto de vista, uma vez que não obstante num primeiro momento a conclusão que poderíamos extrair, fosse à de que se não foi possível a conciliação neste antecedente adequado, esta também não virá no curso do processo, mas na prática não é isto o que tem ocorrido, senão vejamos:

Muito embora em alguns casos efetivamente não haja efeito prático algum, pois ainda que o juiz ou o Ministério Público oportunize o consenso em sede de instrução e julgamento o ofendido efetivamente poderá manter seu propósito, e mais uma vez ratificar a representação já ofertada oportunamente. Mas a experiência prática tem nos mostrado que por vezes não é isto o que ocorre, ou seja, que o propósito de manter a representação até o término da ação penal nem sempre se mantém firme, por conta de diversos fatores, dentre eles o fator tempo (e aí, tem lugar o dito popular de que o tempo é o melhor dos remédios).

E este fato é relevante, pois no mais das vezes o decurso de certo lapso temporal faz com que as decisões que antes haviam sido tomadas no 'calor' dos acontecimentos, sejam refletidas mais calmamente, dando lugar para uma nova possibilidade de composição, e isto se dá porque a audiência preliminar acontece normalmente no máximo em 30 (trinta) dias da data dos fatos, sendo este o primeiro reencontro das partes após a prática do ilícito.

Neste contexto, em sede de audiência preliminar é comum que o ofendido se mostre renitente a qualquer possibilidade de acordo, ofertando de imediato a representação e fechando as portas para a busca da conciliação.

Ocorre que, até o momento da realização da audiência de instrução e julgamento é comum que transcorra um lapso temporal maior, chegando, em algumas comarcas tal intervalo ser de 06 (seis) meses a até 01 (um) ano da data dos fatos, devido à pauta para julgamento. E aí, com a representação já ofertada e com a denúncia já oferecida e recebida (vez que por muitas vezes há uma cisão da audiência de instrução e julgamento como, por exemplo, por falta de uma testemunha), no momento em que o juiz começa a inquirir o ofendido, caso este venha a dizer que devido ao lapso temporal transcorrido seu único interesse agora é o de compor-se com o acusado para que possa viver sua vida em paz, o que se fazer então?

Aplicar o disposto no artigo 25 do CPP em detrimento com o disposto no artigo 2º e 74 da Lei nº 9.099/95 e impedir a composição entre as partes ou negar a aplicabilidade do referido dispositivo no CPP por incompatibilidade com as normas da Lei dos Juizados?

A resposta para esta pergunta a nosso ver só pode ser uma, tendo o procedimento do JECRIM regras próprias, dentre elas a finalidade da busca pela conciliação, está não pode ser obstada com fundamento exclusivo em norma da legislação comum do CPP, pois o art. 25 deste diploma legal é incompatível com a finalidade conciliatória objeto dos feitos processados perante os Juizados Especiais Criminais.

Não bastassem os argumentos supra, é cediço que muito embora no caso dos demais institutos despenalizadores da transação penal e da suspensão condicional, estes também tenham momentos processuais especificados pela Lei nº 9.099/95 para a sua incidência, ou seja, respectivamente, na audiência preliminar e depois de recebida a denúncia, por outro lado tem-se admitido que até o término da instrução possam tais benefícios serem aplicados a favor do acusado na busca da solução do conflito pela conciliação, em especial nas hipóteses em que não obstante o acusado preencha os requisitos para a concessão dos mesmos e até então não tenha comparecido em juízo.

Dessa forma, temos que resta perfeitamente demonstrado que o tema em foco, além do escopo dogmático, possui grande relevância sob o aspecto prático do dia a dia dos serviços junto às Promotorias de Justiça atuantes nos Juizados Especiais Criminais, para a busca de um maior alcance da pacificação social em sede de direito processual penal incidente sobre os delitos de menor potencial ofensivo.

VII – Conclusão

1. O artigo 2º, Das Disposições Gerais da Lei nº. 9.099/95 estabelece que a conciliação e a transação são finalidades a serem buscadas, sempre que possível, nos Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

2. Conforme dispõe o artigo 92 da Lei nº. 9.099/95, as disposições do CP e do CPP somente são aplicáveis aos Juizados Especiais Criminais, em caráter subsidiário, ou seja, naquilo que não haja previsão expressa, desde que o dispositivo a ser aplicado não seja incompatível com as normas contidas na Lei nº 9.099/95.

3. O artigo 25 do CPP limita a possibilidade da retratação da representação até o oferecimento da denúncia, sendo que a doutrina e jurisprudência aumentam o alcance do dispositivo até o recebimento da denúncia.

4. O artigo 25 CPP não se aplica ao JECRIM, pois é incompatível com a regra do artigo 2º, parte final, da Lei nº 9.099/95, que determina a busca da conciliação como finalidade dos Juizados.

5. A retratação da representação depois de oferecida a denúncia e antes do seu recebimento, acarreta à rejeição da mesma por ausência de justa causa para início da persecução penal (art. 395, III, CPP, aplicado analogicamente), pois o processo cumpriu sua finalidade conciliatória.

6. A retratação da representação depois de recebida a denúncia, homologada pelo juiz após pronunciamento do Ministério Público, acarreta a extinção do processo sem julgamento do mérito, com fundamento no artigo 74, da Lei nº 9.099/95.

015

PACIFICAÇÃO – REDUÇÃO CONFLITOS RELAÇÕES INTERPESSOAIS

Carla Moretto Maccarini

Promotora de Justiça em Curitiba, PR

JUSTIFICATIVA, INTRODUÇÃO E ARGUMENTOS

É perceptível que as dificuldades reveladas pelas pessoas na elaboração interna ao vivenciar rejeições; frustrações; abandono; traumas não curados; reduções na auto-estima; inseguranças e medos, além de outros, bem como o modo como cada uma delas reage a estes fatores internos, acaba por motivar sérias ações efetivadas no mundo exterior, desencadeadoras de conflitos interpessoais, agressões verbais e físicas, ofensivas da integridade moral e corporal, englobando a sexual e da saúde, vindo a revelar, por vezes, graves perturbações emocionais e até perversões.

Essas situações, muitas vezes batem às portas do Ministério Público, vindo a afetar diretamente o cotidiano do trabalho na Promotoria de Justiça, quer seja no atendimento ao público que bate as portas do Promotor de Justiça, quer seja na observação da dificuldade na aceitação da composição ou na elevação dos índices de atos infracionais e de criminalidade.

Percebendo ainda, a possibilidade de ampliar o alcance da atuação ministerial, neste contexto em particular, que poderá chegar à resolução de conflitos interpessoais, se o atendimento não se limitar à superficial análise da problemática apresentada naquele momento, e que seguramente, em grande parte dos casos, revela somente a ponta do "iceberg", o Promotor de Justiça, atento à solução da questão posta, e preocupando-se em auxiliar efetivamente para a melhoria de vida dos personagens envolvidos, deve abrir o espectro de sua visão e realizar análise macro.

Assim agindo e utilizando da parcela de autoridade que lhe investida, contribuirá decisivamente para a consecução de mudança significativa na vida destes cidadãos, no sentido de que possibilitar realizem reflexão sobre suas incapacidades e logrem alcançar a superação desta problemática.

Este atuar do Promotor de Justiça, que por vezes desborda o campo jurídico e alcança áreas multiprofissionais do conhecimento, em longo prazo, acabará por colaborar para a queda nos índices de ações conflituosas no campo interpessoal na comunidade onde atua e, por que não, para o decréscimo dos índices de criminalidade e ações sociais violentas.

Para tanto, o Promotor de Justiça pode e deve, sempre que perceber nas pessoas atendidas ou envolvidas nos procedimentos que investiga ou processos judiciais que atua, dificuldades emocionais em lidar com os acontecimentos da vida, excessiva agressividade, falta de censura interna a ímpetos violentos, inseguranças, ciúmes, auto-estima rebaixada, dependência a substâncias psicoativas, dentre outros, realizar encaminhamentos a tratamentos multiprofissionais, na maioria das vezes psicoterápicos, a ser realizados, na medida do possível, em clínicas especializadas para cada tipo de problemática evidenciada, podendo incluir até os psiquiátricos, se houver recomendação médica.

Estes encaminhamentos podem acontecer aos programas desenvolvidos pelo Município, pelo Estado, por clínicas multiprofissionais mantidas pelas universidades, pelos hospitais públicos, organizações não governamentais, etc.

É muito importante que esta atuação apontando a necessidade da terapia ou outro tratamento seja realizada pelo Promotor de Justiça, porque, tal como já fora anteriormente constatada, a dificuldade enfrentada pelas pessoas

na admissão do problema, bem como da necessidade de auxílio profissional, impede muitas vezes, a solução dos conflitos interpessoais, até porque sempre é mais fácil enxergar o mal que padece o outro ao nosso próprio.[1]

SÍNTESE DOGMÁTICA

Deste modo, a proposta é no sentido de que o Ministério Público deve agir realizando proposições e estabelecendo condições a que estas pessoas cujo atuar esteja sendo analisado, sejam submetidas às indicadas terapias ou tratamentos multiprofissionais.

Nesta atuação bastante singela, porém efetiva, o Promotor de Justiça atuará em busca da minoração dos atos de violência na comunidade, bem como da redução dos conflitos interpessoais e pacificação nos relacionamentos, e ainda da superação à dependências de substâncias psicoativas, realizando formalmente, sempre que na sua apreciação, detectar as situações acima elencadas apenas exemplificativamente, o encaminhamento dos personagens envolvidos e, se necessário, de todos os familiares, a acompanhamento multiprofissional (médico, psicológico, psiquiátrico, de terapia ocupacional, etc.) a ser realizado com regular freqüência e comprovação de assiduidade, em clínicas previamente catalogadas, conveniadas ou contatadas para este fim.

De antemão e exemplificativamente, se pode evidenciar alguns campos de atuação ministerial, onde estes encaminhamentos poderão ser realizados sem maiores questionamentos:

01. no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher;
02. em se tratando de criança e adolescente em situação de risco;
03. adolescentes em situação de conflito com a lei (Infratores);
04. personagens envolvidos nos crimes vitimando crianças e adolescentes;
05. processos envolvendo usuários ou dependentes de substâncias psicoativas.
06. Juizado Especial Cível;
07. Juizado Especial Criminal;
08. na área de família, sempre que evidenciado por equipe técnica a necessidade do tratamento dos envolvidos.

CONCLUSÕES

I. Diante da necessidade verificada, que reclama a inauguração de atuação ministerial tendente a auxiliar os integrantes da comunidade envolvidos em ações cuja apreciação pelo Promotor de Justiça pode ser efetiva no sentido de que os personagens sejam levados a tratamento profissional para a consecução do enfrentamento de dificuldades emocionais e psicológicas que os levam a conflitos interpessoais e/ou a dependência de substâncias psicoativas, deve o Promotor de Justiça buscar parcerias, convênios, cooperação ou simples cadastramento de profissionais da saúde ou clínicas que possam receber e acompanhar estas pessoas, com regularidade na realização da terapêutica indicada no sentido de lograr a redução de conflitos nos relacionamentos e/ou a superação da dependência psicoativa;

II. O Promotor de Justiça deve realizar a indicação da necessidade do acompanhamento terapêutico ou elencar como condição ou medida protetiva nos casos sob sua apreciação, o que pode acontecer nas seguintes hipóteses, dentre outras:

01. Medidas protetivas a crianças e adolescentes em situação de risco, o que pode alcançar os demais familiares;
02. medidas protetivas a adolescentes em situação de conflito com a lei (ato infracional), o que pode alcançar mais integrantes da família, na oportunidade da concessão da remissão ou ao final do processo na aplicação de medida sócio-educativa;
03. Condição para a suspensão condicional do processo criminal;
04. Condição para concessão de liberdade provisória;
05. Condição nas penas alternativas e no regime aberto;

[1] "As impressões extraídas das entrevistas revelam a colocação da criança no processo terapêutico muito mais por imposição da escola (caso 1 e 4), dos médicos (casos 2 e 3) e dos profissionais da justiça tais como juízes, promotores e técnicos que reforçavam a importância do tratamento médico e psicológico para as crianças do que por uma legítima preocupação dos pais para com seus filhos. Também evidenciamos em todos os casos atendidos a existência de negação, alienação e negligência afetiva para com as crianças." "in" CRIANÇAS vítimas de abuso sexual: Aspectos psicológicos da dinâmica familiar. Karen Richter Pereira dos Santos Romero, pág. 81. Curitiba – Paraná 2007, Ministério Público do Estado do Paraná – Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente.

III. Este acompanhamento terapêutico deve acontecer no período indicado pelo profissional, para cada caso em específico, cuja assiduidade será comunicada para que a informação passe a fazer parte integrante do procedimento investigatório, de providências ou processo judicial;

IV. Sempre que necessário o encaminhamento será realizado aos demais integrantes da família, visando a restauração do vínculo afetivo que representará melhoria na condição do relacionamento intrafamiliar.

016

A DESNECESSIDADE DA INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AÇÃO PENAL PRIVADA

Frederico Rangel de Albernaz

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Sumário: 1. Apresentação do tema. 2. Alguns aspectos do sistema processual penal brasileiro. 3. A ação processual penal privada. 4. O Ministério Público e a ação processual penal privada. 5. A desnecessidade da intervenção do Ministério Público na ação processual penal privada. 6. A exceção: ação processual penal privada subsidiária da pública. 7. Racionalização da intervenção do *Parquet* na seara criminal? 8. Conclusão. 9. Referências Bibliográficas.

1. Apresentação do tema

A ação processual penal privada tem sido objeto de abordagem frequente em diversos estudos no campo do direito processual penal, notadamente após o advento da Constituição da República de 1988, não só em razão da importância do tema mas também em função das questões práticas enfrentadas no cotidiano forense.

Nesse contexto, a própria existência e aplicabilidade de tal instituto vêm sendo debatidas por doutrinadores que contra ele se insurgem, diante de sua essência e da prevalência de interesses preponderantemente privatísticos em um processo penal cuja diretriz democrática exige ser observada.

Todavia, não obstante as críticas à existência da ação processual penal privada, certo é que enquanto não houver inovação legislativa que tenha por escopo modificá-la ou mesmo extingui-la, a sua aplicabilidade deve se sujeitar a algumas modificações decorrentes da ótica do sistema acusatório consagrado em nossa Constituição.

O célebre Juiz norte-americano Oliver Wendell Holmes Jr., integrante da Suprema Corte dos Estados Unidos da América no início do século passado, asseverou, com muita propriedade, que o direito não pode ser interpretado "como se contivesse unicamente os axiomas e corolários de um livro de matemática. Para saber o que é, devemos saber aquilo que foi e aquilo que ele deve ser."[1]

E exatamente tentando descobrir o rumo que tal instituto tomará é que, após breve enfoque sobre algumas questões ligadas à matéria, abordar-se-á a conveniência e a constitucionalidade da intervenção do Ministério Público na ação penal privada.

2. Alguns aspectos do sistema processual penal brasileiro

O sistema processual penal, como conjunto de regras e princípios norteadores da aplicação do direito penal ao caso concreto, pode ser encontrado sob três formas distintas: o sistema inquisitivo (ou inquisitorial), o sistema acusatório e o sistema misto.

Nos sistemas inquisitivo e misto a função do Juiz fica dividida entre a acusação e o próprio julgamento da causa, sendo que enquanto no primeiro a figura do magistrado e do acusador se confundem, neste último o Juiz age de forma ativa durante a investigação, existindo contudo órgão distinto encarregado da acusação na fase processual.

Diferente, todavia, afigura-se o sistema acusatório. De início, em sua remota história no processo penal, a imputação de um crime a outro indivíduo era formulada por qualquer pessoa do povo, sistema este denominado pela doutrina de "acusatório privado".

Atualmente, entretanto, o sistema acusatório moderno, adotado por grande parte dos países democráticos, tem como protagonista uma instituição pública. Em nosso caso, a função de acusar foi entregue, através de diretriz

[1] HOLMES JR., Oliver Wendell. "*The Common Law*". New York: Dover, 1991, pág. 1.

consagrada no inciso I do artigo 129 da Constituição da República, a um órgão do Estado: o Ministério Público. Cabe a este, portanto, o encargo de formular a acusação em um cenário onde as funções de acusar, defender e julgar são conferidas a sujeitos processuais distintos.

Resta evidente, portanto, que o legislador brasileiro optou no processo penal pelo sistema acusatório, conforme se vislumbra, por exemplo, através da simples leitura do artigo 28 do Código de Processo Penal que, ao disciplinar o arquivamento do inquérito policial e das peças de informação, confere à instituição do Ministério Público a decisão, em última análise, sobre o arquivamento ou o oferecimento de denúncia.

O sistema acusatório eleito pelo Código de Processo Penal foi, assim, purificado pela Constituição da República quando esta, em seu artigo 129, inciso I, conferiu ao Ministério Público, privativamente, sob a forma de verdadeiro monopólio, a função de promover a ação penal pública de natureza condenatória.

O Ministério Público não atua, na ação penal pública, como órgão exclusivamente acusador ou como perseguidor da vingança pública. Conforme ensina Alexandre Viana Schott "é inadequado afirmar que o Ministério Público postule *pretensão punitiva* quando da propositura da ação penal, em nome do Estado." A sua pretensão na ação penal, para referido autor, é *acusatória*. E prossegue, afirmando que o intuito do Ministério Público é valer-se "do processo como instrumento seguro e adequado para a aplicação do Direito Penal, não podendo servir de instrumento para a satisfação de pretensão punitiva do Estado, mas para a de concretizar a missão do Direito Penal."[2]

Neste sentido, inclusive, há quem entenda que o Ministério Público, ao elaborar e oferecer a denúncia, não deve fazer dela constar pedido expresso de condenação, o que somente poderia o *Parquet* postular na apresentação de suas alegações finais, quando houvesse prova para tanto. Para quem assim entende, deve o Promotor de Justiça na inicial acusatória, requerer a submissão do denunciado ao devido processo legal.[3]

Diferentemente da ação processual penal pública, onde a função de acusar é atribuída ao Ministério Público, vislumbra-se a existência da ação processual penal de iniciativa privada, onde o exercício de tal função foi conferido ao particular, mais especificamente ao ofendido.

3. A ação processual penal privada

Embora possamos considerar o caráter público da relação processual decorrente do exercício da pretensão penal, em razão de encontrar-se seu titular diante do Estado-Juiz, nem sempre será o Ministério Público o titular da ação processual penal. Há determinados casos, assim, em que o legislador brasileiro entendeu por bem atribuir ao particular o exercício dessa ação.

Neste sentido, não obstante a existência de sua previsão expressa em nossa lei de ritos, afigura-se oportuno destacar que a ação processual penal privada não está prevista na CF/1988, onde somente são encontradas duas espécies de ação penal condenatória: a ação penal pública (artigo 129, inciso I) e a ação penal *privada* subsidiária da pública (artigo 5º, inciso LIX), que tem inegável natureza de ação penal pública.

Após este necessário esclarecimento, que deve servir de premissa para a conclusão que se pretende com estas linhas alcançar, faz-se conveniente tecer algumas breves considerações acerca do instituto ora comentado.

A nossa legislação de Direito Penal e Processual Penal, elaborada à época da ditadura de Getúlio Vargas, seguindo tendência anterior, prevê expressamente a modalidade de ação processual penal privada, orientada, dentre outros, pelos princípios da oportunidade ou conveniência, disponibilidade, indivisibilidade e intranscendência.

Fernando Capez conceitua a ação penal privada como "aquela em que o Estado, titular exclusivo do direito de punir, transfere a legitimidade para a propositura da ação penal à vítima ou a seu representante legal."[4]

A legitimidade que o ofendido possui, portanto, é extraordinária, eis que ao exercer o direito de queixa atua como substituto processual, defendendo um interesse alheio (pretensão do Estado de punir) em nome próprio.

As justificativas ou fundamentos para a existência da ação processual penal privada, na visão de Fernando da Costa Tourinho Filho, constituem-se na "tenuidade da lesão à sociedade", no eminente "caráter privado do bem jurídico tutelado", assim como no *strepitus judicii* ou *fori*, ou seja, o escândalo do processo, "que pode ser muito mais prejudicial ao interesse da vítima que a própria impunidade do culpado".[5] Neste particular, a simples possibilidade da existência de um rumoroso processo criminal pode fazer com que o ofendido prefira manter-se inerte porque, em alguns casos, o mal do processo pode vir a se transformar em um mal maior do que o próprio crime.

A doutrina pátria divide a ação processual penal privada em propriamente dita ou exclusivamente privada (maioria dos casos previstos no código, em que o ofendido, seu representante legal ou seus sucessores podem ajuizá-la), personalíssima (hipótese em que a única legitimada é a própria vítima) e subsidiária da pública (decorrente da inércia da acusação pública no prazo legal).

Cumpre observar, no entanto, que não obstante esteja previsto no direito brasileiro, a maioria dos países onde a legislação processual penal se revela, em sua essência, mais moderna, não contempla a existência de tal

---

[2] SCHOTT, Alexandre Viana. *"Ação Penal (Privada) em Face da Institucionalização do Conflito"*. Juruá Editora, 2008, pág. 95.

[3] Neste sentido: MAIA NETO, Cândido Furtado. *"O Ministério Público e o princípio da presunção de inocência – Justiça penal democrática e respeito às garantias fundamentais da cidadania." In*: Revista de Estudos Criminais, 2004, n. 15, pág. 90.

[4] CAPEZ, Fernando. *"Curso de Processo Penal."* Editora Saraiva, 2003, pág. 118.

[5] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *"Processo Penal"*. Vol. 1, Ed. Saraiva, 27ª edição, 2005, pág. 439.

instituto, como é o caso, por exemplo, dos Códigos de Processo Penal da França, Bélgica e Itália, eis que, conforme ensina João José Leal, a "tendência moderna é no sentido de se estatizar completamente esta função."[6]

Neste particular, cumpre observar que parte da doutrina vem se insurgindo, já há bastante tempo, contra a iniciativa do ofendido na ação penal. João José Leal, ao mesmo tempo em que sugere a extinção da ação processual penal privada, destaca os diversos inconvenientes deste tipo de ação como, por exemplo, a "versão moderna da vingança privada, o que se constitui numa incoerência perante a ciência jurídica atual; a inaptidão do ofendido para promovê-la de forma adequada; impunidade de crimes graves, em virtude de o ofendido, em certos casos, não se interessar em processar o autor do fato delituoso; ausência total de imparcialidade do ofendido, que poderá visar mais os efeitos civis da ação penal do que a efetiva e justa aplicação da sanção criminal."[7]

E prossegue o autor, asseverando que "por estas irregularidades e nulidades ou pelos incidentes que enseja durante o processo, torna-se totalmente inconveniente a ação penal privada, que não mais se coaduna com os princípios modernos do processo penal."[8]

E é exatamente em razão das incoerências trazidas por este instituto que Alexandre Viana Schott, em sua recente e primorosa obra sobre o assunto, afirma que "a ação penal exclusivamente privada é inconstitucional, porque em face da institucionalização do conflito no Estado Democrático de Direito, não se tem este poder discricionário de, ao mesmo tempo, tipificar uma conduta como sendo crime e disponibilizar da ação penal, tornando-a facultativa e subordinada aos motivos da vítima."[9]

4. O Ministério Público e a ação processual penal privada

O Ministério Público atua na ação processual penal privada como fiscal da lei, tal como o permite o artigo 257 do Código de Processo Penal. A intervenção do Ministério Público apresenta-se, assim, como *custos legis*, tendo a função precípua de velar pelo regular evolver processual existente entre os particulares em litígio. Esta é, inclusive, a regra inscrita no artigo 45 da Lei de Ritos, de onde exsurge que *"a queixa, ainda quando a ação penal for privativa do ofendido, poderá ser aditada pelo Ministério Público, a quem caberá intervir em todos os termos subseqüentes do processo"*.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, o artigo 48 do Código de Processo Penal estabelece que a "*queixa contra qualquer dos autores do crime obrigará ao processo de todos, e o Ministério Público velará pela sua indivisibilidade*".

A regra, portanto, da observância ao princípio da indivisibilidade da ação processual penal justifica, para o legislador de 1940, a intervenção do Ministério Público nos processos originados de queixa-crime. Neste sentido e de acordo com o eminente e saudoso Eduardo Espínola Filho, "porque haja, sempre, essa possibilidade de aditamento pelo MP, deve ser-lhe dada imediata vista de toda queixa-crime apresentada".[10]

Assim, pode-se dizer que a *mens legis* que se extrai dos supramencionados artigos 45 e 48 do CPP é a de que o particular, ao valer-se do exercício do direito de ação penal, não pode, ao seu íntimo e exclusivo alvedrio, determinar os critérios de utilização do *jus accusationis*. Deve a acusação, portanto, seja ela privada ou não, abranger todos os participantes de determinada infração penal, até porque, nos termos da precisa lição de Sérgio Demoro Hamilton, "a eleição de apenas um tisnaria a conduta do querelante com a marca de vindita privada à qual, evidentemente, a justiça não pode dar guarida".[11]

Neste sentido, relevante se faz mencionar que há quem discuta os efeitos da não inclusão de todos os autores da infração penal na queixa-crime. Não obstante esta seja matéria bastante debatida e palpitante, deixa-se de tecer comentários mais detidos sobre o tema, por razões que escapam ao objetivo do presente trabalho analisar, somente destacando que a doutrina se divide entre aqueles que reputam obrigatório o aditamento pelo *Parquet* para incluir o co-autor ou partícipe, como ensina Eugênio Pacelli Oliveira[12] e aqueles que, a exemplo de Fauzi Hassan Choukr, entendem que se afigura "contrária à estrutura constitucional a possibilidade do Ministério Público intervir na ação penal privada com atos postulatórios, como o aditamento da inicial para incluir nova pessoa no pólo passivo".[13] Os doutrinadores que perfilham esta última orientação seguem a linha de raciocínio de Sérgio Demoro Hamilton, para quem "a não inclusão na queixa do nome de um dos autores da infração penal deverá importar na renúncia tácita em relação ao partícipe excluído, renúncia que se estenderá a todos os autores da infração penal, com a conseqüente extinção da punibilidade."[14]

---

[6] LEAL, João José. *"A extinção da ação penal privada." In:* Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, 1994, vol. 23, pág. 197.

[7] LEAL, João José. *"A extinção da ação penal privada." Cit...*, pág. 191.

[8] LEAL, João José. *"A extinção da ação penal privada." Cit...*, pág. 196.

[9] SCHOTT, Alexandre Viana. *"Ação Penal (Privada) em Face da Institucionalização do Conflito". Cit..*, p. 199.

[10] ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *"Código de Processo Penal Anotado"*, vol. 1, 3ª edição, pág. 438.

[11] HAMILTON, Sérgio Demoro. *"A Presença do Ministério Público na Ação Penal Privada." In* Revista de Direito da Procuradoria Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 1977, nº 6, pág. 80.

[12] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *"Curso de Processo Penal"*, 2007, págs. 132 e 133.

[13] CHOUKR, Fauzi Hassan. *"Código de Processo Penal – Comentários Consolidados e Crítica Jurisprudencial"*, 2007, 2ª edição, pág. 151.

[14] HAMILTON, Sérgio Demoro. *"A Presença do Ministério Público na Ação Penal Privada." Cit...*, pág. 81.

Assim, ressalvado o entendimento daqueles que atribuem, em alguns casos, capacidade postulatória ao Ministério Público na ação processual penal privada, certo é que sua atuação se dá de forma quase exclusiva como *custos legis*, entendimento este que se pode entender oriundo da doutrina de Liebman, para quem a atuação do Ministério Público como órgão interveniente apresenta "*una posizione molto vicina a quella di uma parte.*"[15]

Certo é, todavia, que conforme será visto com maiores detalhes no tópico seguinte, a intervenção do *Parquet* na ação penal privada marginaliza o órgão do Ministério Público de sua função precípua estabelecida na Constituição Federal de 1988, que é a de titular do monopólio da ação processual penal pública.

Outra questão que também se apresenta relevante, notadamente com vistas ao tema que será abordado no próximo tópico, como verdadeiro "elo de ligação" entre este e aquele, é saber qual a consequência da ausência da intervenção do Ministério Público na ação processual penal privada.

Neste sentido, não obstante haja na doutrina quem entenda que se trata de hipótese de nulidade relativa, como ensina Fernando da Costa Tourinho Filho, para quem, muito embora sanável, "poder-se-á dizer que a nulidade estaria prevista no inciso IV do artigo 564 do CPP"[16], entende-se, nesta pesquisa, que acertada e precisa é, mais uma vez, a posição de Sérgio Demoro Hamilton, para quem a falta de intervenção do *Parquet* nos feitos em que somente se procede mediante queixa "poderia ser vista, **quando muito, como mera irritualidade**"[17] (**grifo nosso**), em razão de não se encontrar no elenco do inciso III do artigo 564 da Lei de Ritos.

5. A desnecessidade da intervenção do Ministério Público na ação processual penal privada

Após o advento da nova ordem constitucional, indiscutíveis foram os avanços obtidos pela sociedade com a nova estrutura organizacional do Ministério Público.

Na fase republicana brasileira e até o advento da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público se encontrava situado e pertencia, de forma alternada, dentro dos quadros dos Poderes Executivo ou Judiciário, com verdadeiro revezamento entre ambos.

Importante mencionar, neste particular, que o CPP é da década de 1940, tendo levado em consideração, portanto, a ordem constitucional vigente à época que, conforme acima mencionado, datava de 1937, oportunidade em que o órgão do *Parquet* se encontrava situado na estrutura organizacional do Poder Judiciário.

E nesta linha de raciocínio, pode-se dizer que em razão disso, ou seja, pela ausência de autonomia e independência do Ministério Público nos ordenamentos constitucionais anteriores, nunca se discutiu acerca de sua intervenção na ação processual penal privada, até mesmo porque a persecução penal sempre foi uma atividade desenvolvida pelo Estado.

Sem autonomia e independência, permanecia reservada ao Ministério Público a função de representar o Estado em juízo, devendo atuar em toda a forma de pretensão acusatória, porque esta se apresentava como atividade estatal.

Assim, enquanto pertencia aos quadros do Judiciário, como fiel escudeiro e verdadeiro braço direito do Juiz, ou na oportunidade em que se encontrava na estrutura do Executivo, responsável pela defesa e representação em juízo deste Poder, justificável poder-se-ia considerar a intervenção do Ministério Público nos processos instaurados a partir de queixa. Confundia-se, portanto, à época, a figura da própria instituição com a do Estado, este sim verdadeiro responsável pela persecução, criminal ou não, como atividade estatal.

Hoje, notadamente após a Constituição Federal de 1988, o Ministério Público se encontra, de forma autônoma e independente, fora da estrutura dos demais poderes, com uma Seção própria dentro do Título que trata da Organização dos Poderes, no Capítulo "Das Funções Essenciais à Justiça", não tendo qualquer subordinação perante aqueles, tendo o inciso I do artigo 129 a ele concedido, na forma de verdadeiro monopólio e como função institucional, o exercício privativo da ação processual penal pública.

A ação processual penal privada trata, em regra, de um meio de solução de conflitos entre particulares, que muitas vezes utilizam o Juízo criminal para verem satisfeitas suas pretensões patrimoniais, não havendo interesse que justifique a intervenção ministerial, sob a óptica constitucional.

A ação processual penal privada, desde a sua gênese e até a sua essência, relaciona-se com uma pretensão acusatória de caráter e interesse predominantemente particulares, com inegável anseio de busca de uma solução para desavença entre os envolvidos.

Na maioria das vezes o exercício deste tipo de ação penal se apresenta como uma manifestação atualizada da vingança privada, onde os valores individuais "são mais profunda e diretamente atingidos do que os valores sociais"[18].

E nesta linha de raciocínio, conforme sustenta Jorge Alberto Romeiro, trazendo perfeita definição do instituto, a "ação criminal particular é o direito que a lei concede ao ofendido, ou a seu legítimo representante, de demandar,

---

[15] *Apud* HAMILTON, Sérgio Demoro. *"A Presença do Ministério Público..." Cit...*, pág. 92.
[16] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *"Processo Penal". Cit...*, pág. 507.
[17] HAMILTON, Sérgio Demoro. *"A Presença do Ministério Público na Ação Penal Privada." Cit...*, pág. 91.
[18] LEAL, João José. *"A extinção da ação penal privada." Cit...*, pág. 191.

além da ação civil que lhe compete, a imposição da pena sobre o delinquente, em consequência da ofensa que lhe fez"[19] (**grifo nosso**).

Na lição de Aury Lopes Júnior, "não podemos é pactuar com o desvirtuamento do processo penal, transformando-o numa via mais cômoda, econômica e eficiente (pelo caráter coativo), para obtenção de um ressarcimento financeiro. Ora, para isso existe o processo civil..."[20]

Nos processos cuja deflagração depende de queixa, o interesse de agir do querelante se confunde, de forma indevida, com o interesse de fato exercido pela vítima, o que afasta a necessidade da intervenção do Ministério Público no feito, eis que sua atuação no processo criminal deve se pautar sempre em prol dos interesses da sociedade como um todo, em detrimento da fiscalização dos interesses exclusivos do ofendido.

Nesse contexto, basta a simples leitura dos crimes objeto de queixa expressos em nosso Código Penal, a fim de que o leitor possa cotejar a atuação ministerial com o instituto da ação processual penal privada, estabelecendo um confronto entre ambos. A totalidade dos delitos cuja iniciativa do processo criminal depende do ofendido tem como pano de fundo, em regra, uma ofensa geradora de um direito de reparação patrimonial.

Deste modo, todos os crimes de ação penal privada previstos no Código Penal seguem esta mesma diretriz. São eles: crimes contra a honra (art. 138, 139 e 140), alteração de limites, usurpação de águas e esbulho possessório (art. 161, § 1º, I e II), dano (art. 163, *caput* e parágrafo único, IV), introdução ou abandono de animais em propriedade alheia (art. 164), fraude à execução (art. 179), crimes contra a propriedade intelectual (art. 184), induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento para fins matrimoniais (art. 236) e exercício arbitrário das próprias razões, quando praticado sem violência (art. 345).

Assim, pode-se dizer que os crimes sujeitos à persecução através de iniciativa privada demonstram evidente ausência de interesse que justifique a intervenção ministerial, eis que a singela (porém atenta) leitura dos tipos penais acima mencionados, sujeitos à ação criminal privada, revela o caráter essencialmente pessoal ou patrimonial dos referidos delitos, na medida em que se fundamentam em uma pretensão repressiva que terá sempre como lastro o ódio, a vingança ou os interesses financeiros do querelante.

Neste particular, depreende-se que a maioria dos delitos de ação processual penal de iniciativa privada admite a composição civil dos danos sofridos como forma de solução consensual alternativa para a própria extinção da punibilidade no caso concreto, na forma dos artigos 74 da Lei 9.099 de 1995 e 107, inciso V do Código Penal. Como ensina Alexandre Viana Schott, "sendo admissível o consenso através da composição civil, é porque viável a solução menos gravosa para o conflito na esfera cível"[21], o que evidencia, mais uma vez e às escâncaras, a ausência de interesse que justifique a intervenção ministerial.

E para ser mais específico no tocante ao interesse ora aludido, assaz pertinente tecer-se alguns comentários acerca do interesse público na apuração desses delitos.

Não há que se discutir a natureza pública do interesse no trâmite e julgamento de ações penais dessa natureza. O interesse na apuração dos delitos em comento é, sem a menor sombra de dúvida, público. Todavia, interesse público que deve acarretar a entrega da prestação jurisdicional sem a participação do Ministério Público.

Cabe aqui, por conseguinte, fazer breve menção à diferenciação, oriunda do direito público italiano, "entre interesses públicos primários, que dizem respeito à sociedade, e os interesses públicos secundários, que se referem ao próprio Estado, enquanto pessoa moral à qual se imputam direitos e deveres."[22]

Assim, e fazendo uma analogia que os administrativistas puros provavelmente não aprovariam, pode-se dizer que não só na ação processual penal pública, mas também naquela de natureza privada, o interesse público na entrega da prestação jurisdicional também tem, à evidência, caráter primário, eis que cabe ao Estado promover, através de um de seus Poderes, a Justiça. Todavia, inobstante tenha inegável caráter primário, conforme ensina Peter Häberle, "na definição de interesse público estão também contidos elementos privados"[23].

Emerson Garcia leciona com propriedade que "qualquer que seja a ordem jurídica, abstraindo as zonas intermediárias, podem ser divisadas claramente duas espécies de interesses a serem tutelados: aqueles que atingem diretamente o interesse individual, sendo destituídos de maior relevância para os interesses do grupamento, e o interesse social, divisado a partir de uma dimensão coletiva dos interesses envolvidos ou mesmo com a sua origem vinculada a um interesse aparentemente individual. Neste último caso, a dimensão social do interesse será vista sempre que os valores que nela estejam ínsitos encontrem correlação em interesses maiores do grupamento, daí se falar em interesses tutelados por normas de ordem pública. Os interesses tutelados por normas dessa natureza, como veremos, costumam ser indisponíveis (de forma absoluta ou relativa), enquanto os interesses meramente individuais são marcados pelo traço da disponibilidade."[24]

---

[19] ROMEIRO, Jorge Alberto. *"Da Ação Penal."* 2ª edição, Ed. Forense, 1978, pág. 104.

[20] LOPES JÚNIOR, Aury. *"Justiça Negociada: Utilitarismo Processual e Eficiência Antigarantista" apud* SCHOTT, Alexandre Viana. *"Ação Penal (Privada) em Face da Institucionalização do Conflito". Cit...*, pág. 65.

[21] SCHOTT, Alexandre Viana. *"Ação Penal (Privada) em Face da ...". Cit...*, pág. 65.

[22] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *"Curso de Direito Administrativo"*, 14ª edição, Ed. Forense, pág. 9.

[23] HÄBERLE, Peter. *"Interesse Público Enquanto Problema Jurídico" ("Öffentliches Interesse als Juristisches Problem"*, Bad Homburg, Athenäum, 1970, pág. 526).

[24] GARCIA, Emerson. *"Ministério Público: Organização, Atribuições e Regime Jurídico"*, 2ª edição, Ed. Lumen Juris, 2005, pág. 51.

E é exatamente a exclusiva existência de interesses de natureza privada, em regra patrimoniais, pessoais ou oriundos de conflitos decorrentes de ódio ou vingança, que justifica a desnecessidade da intervenção, como *custos legis*, do Ministério Público na ação penal privada, notadamente diante de sua missão constitucional na área criminal.

Ora, se a pretensão envolvida naquele feito diz respeito não à segurança pública de uma sociedade, mas sim à solução de um conflito entre duas ou mais pessoas isoladas, em razão de questões privadas ou patrimoniais, inadequada se afigura a intervenção ministerial, notadamente diante da possibilidade de plenitude da defesa dos direitos dos envolvidos, querelante(s) e querelado(s), através de seus patronos particulares ou mesmo sob arrimo da Defensoria Pública.

O advogado e o Defensor Público, com o relevante destaque que obtiveram da Constituição de 1988 (artigos 133 e 134), são, à evidência, os mais indicados para defenderem os direitos pessoais e exclusivos de seus patrocinados. A indispensabilidade a que foi erigida a função do advogado, bem como a essencialidade da instituição da Defensoria Pública à função jurisdicional do Estado, são suficientes para que não se lhes subtraia o importante ofício de patrocinar os interesses pessoais de seus assistidos.

Ainda que se trate de hipótese de ofendido incapaz, sem representante legal ou quando os interesses deste colidirem com os daquele, não se afigura justificável a intervenção do Ministério Público, eis que o curador especial nomeado pelo Juiz será o responsável pela exclusividade da tutela dos direitos do ofendido, inclusive com a titularidade para exercer o direito de queixa, na forma do que dispõe o artigo 33 do CPP, sob o patrocínio e defesa de seu patrono ou Defensor Público, nos moldes do que acima restou asseverado. Deve-se afastar, desta forma, eventual argumento que possa demandar a atuação ministerial com fundamento no inciso I do artigo 82 do CPC, na forma do artigo 3º do CPP.

Ao Ministério Público, por outro turno, deve ficar reservada a função institucional que lhe foi atribuída pela Constituição da República, exercendo, de forma privativa, a ação processual penal pública, em defesa dos interesses da sociedade, afastando-se o *Parquet*, por conseguinte, dos interesses pessoais e patrimoniais disponíveis das partes.

Não deve o Ministério Público, portanto, figurar como "papagaio de pirata" nos processos iniciados por queixa, com a ultrapassada função de "auxiliar" o Magistrado, encargo este que já que lhe foi atribuído em Constituições anteriores. Quem deve fazer o controle da justa causa para o início da ação, bem como da observância dos princípios e das regras a ela atinentes, é o próprio Magistrado, sob a fiscalização dos patronos das partes e/ou da Defensoria Pública.

Providência que se afigura necessária, todavia, é a remessa dos autos ao Ministério Público, logo após o oferecimento da peça de origem da ação criminal particular, a fim de que o órgão de acusação pública se pronuncie acerca da natureza da relação processual.

Ajuizada a queixa, portanto, logo deve ser aberta vista dos autos ao Ministério Público para os fins retro precisados e, só após seu pronunciamento, acaso permaneça privada a natureza da relação processual penal, é que, então, observar-se-á o trâmite regular daquela ação criminal, agora sem a intervenção do *Parquet* no curso da marcha processual.

Assim, entende-se não terem sido recepcionados pela atual ordem constitucional os dispositivos existentes no Código de Processo Penal que determinam a intervenção do Ministério Público na ação processual penal de iniciativa privada, tais como os artigos 45 e 48 da Lei de Ritos.

Este não é, todavia, o entendimento institucional do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro que, através de sua Assessoria de Assuntos Institucionais, editou o enunciado nº 8, publicado no Diário Oficial de 17/02/2009, com o seguinte teor: "Intervenção do Ministério Público. Processo Penal. O Ministério Público deve intervir em todos os atos do processo deflagrado pelo exercício da ação penal de iniciativa privada, inclusive na fase conciliatória ínsita aos crimes contra a honra, sob pena de nulidade processual, a teor dos artigos 45 e 520, ambos do Código de Processo Penal". A só existência de um ato normativo dessa espécie já justifica a necessidade da discussão sobre o tema em relevo.

Aliadas às demais razões constantes deste escrito, duas outras breves observações merecem ser feitas ao conteúdo do referido enunciado. A primeira delas diz respeito à nulidade processual mencionada. Remeta-se o leitor, quanto a este particular, ao item 4 acima onde se asseverou que não há previsão expressa na Lei de Ritos para tal hipótese e que a razão parece estar com Sérgio Demoro Hamilton, para quem trata-se, quando muito, de mera irritualidade (veja nota de rodapé nº 17). Quanto à segunda, importante destacar que tal enunciado originou-se de parecer exarado em procedimento administrativo[25] no qual membro do Ministério Público estadual foi impedido de participar de audiência de conciliação em processo de delito contra a honra, razão pela qual oficiou à Chefia Institucional para ver resguardada sua prerrogativa funcional. Trata-se, assim, de parecer que teve como escopo proteger e garantir sua atuação, que no caso concreto era pretendida. Como é defendida neste trabalho a desnecessidade da intervenção do *Parquet* nestes processos, nada impede que Promotor de Justiça, na estrita observância de sua independência funcional, entenda de forma distinta, atuando em tais casos, como exatamente aconteceu, por exemplo, na hipótese ora apresentada.

---

[25] Procedimento Administrativo nº 2007.00126967 da Assessoria de Assuntos Institucionais do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Inobstante a posição contrária de alguns, entende-se aqui que o comando inserido no artigo 129, I da Constituição da República deve ser aplicado integralmente, sem qualquer mitigação ou evasivas, eis que, como destacam Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Morais, "o constitucionalismo do Estado Democrático de Direito adota a posição de que a Constituição é dirigente e vinculativa, de onde exsurge que todas as normas possuem eficácia, não tendo mais sentido falar em 'normas programáticas', em sua acepção negativa".[26]

Ora, se o constituinte de 1988 tivesse a intenção de determinar a intervenção do Ministério Público na ação processual penal de iniciativa privada, teria ele inserido tal atribuição no artigo que define as funções institucionais do Ministério Público, como uma exceção à regra contida no artigo 129, inciso I da Constituição Federal, dispositivo que confere ao órgão o monopólio da ação processual penal pública.

Deve-se, assim, interpretar as regras da Lei de Ritos através de uma filtragem, que terá como parâmetro a Constituição da República, que se apresentará como verdadeiro obstáculo e que somente será transposto por regras cuja interpretação se possa fazer em conformidade com a ordem constitucional em vigor. A Carta Magna funcionaria, assim, como verdadeira peneira, através de um processo de filtragem constitucional, onde as normas de direito processual penal, na específica hipótese por nós analisada, sofreriam verdadeira purificação, de modo a se harmonizarem com o espírito da Constituição.

Neste particular, inclusive, imperioso se faz observar que o norte intangível da supremacia das regras e princípios constitucionais demonstra a inegável prevalência destes vetores, em detrimento das regras estabelecidas no Código de Processo Penal, elaboradas à época de regime ditatorial e autoritário, que hoje devem à Constituição prestar obediência, em caráter vinculativo.

Com efeito, esta foi a diretriz traçada por Ronald Dworkin[27] ao apresentar sua célebre distinção entre regras e princípios, atribuindo-se às regras a forma de incidência pautada pela lógica do "tudo ou nada", enquanto os princípios, por sua vez, ostentariam uma dimensão de peso diferenciada. Eros Roberto Grau, citado por Alexandre Viana Schott, ensina com maestria que "embora não se preste esta circunstância a distinguir os princípios das regras jurídicas, é certo que estas últimas operam a concreção daquelas: as regras são aplicações dos princípios. Daí porque a interpretação e aplicação das regras jurídicas, tanto das regras constitucionais quanto das contempladas na legislação ordinária, não podem ser empreendidas sem que tome na devida conta os princípios – em especial quando se trate de princípios positivos do Direito – sobre os quais se apóiam, isto é, aos quais conferem concreção."[28]

Nessa linha de raciocínio, as regras do Código de Processo Penal que determinam a intervenção do Ministério Público como *custos legis* na ação processual penal privada devem ser observadas e interpretadas à luz das normas e princípios constitucionais, estes últimos explícitos ou implícitos, notadamente em face do dispositivo que assegura ao *Parquet* o monopólio da ação penal pública, como função institucional na seara criminal (art. 129, inciso I da CF/1988).

Importante destacar, ainda, que tal intervenção também não encontra amparo no artigo 127 da Carta Magna. Ao estabelecer que incumbe ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, não teve o constituinte a intenção de imiscuir-se nas funções institucionais do órgão, mas o insofismável intuito de delinear os parâmetros de balizamento de sua atuação.

Se a justificativa da atuação do Ministério Público na ação privada encontrasse espeque no artigo 127 da Constituição da República, não haveria fundamento para a ausência de sua intervenção em todas as outras pretensões levadas a juízo, como por exemplo, nas ações cíveis em geral. Dizer que o *Parquet* deve intervir na ação criminal privada em razão da disposição prevista no supramencionado artigo 127 apresenta-se como argumento simplista para a solução do problema, eis que se esta fosse a intenção do constituinte, deveria o Ministério Público, com o fito de defender a ordem jurídica e o regime democrático, intervir em todo o tipo de processo, administrativo ou judicial, até mesmo porque em todos estes poder-se-ia vislumbrar a discussão de alguma matéria contida na ordem jurídica de nosso país. Esta não foi, às escâncaras e sem sombra de dúvida, o propósito do dispositivo constitucional.

Da mesma sorte, não se pode justificar a atuação ministerial em razão da eventual aplicação de uma pena, ainda que privativa de liberdade, eis que a simples circunstância da possibilidade da restrição da liberdade do querelado não fundamenta a intervenção ora questionada, o que nada impede a realização, em momento posterior, de eventual fiscalização da execução da pena na forma do artigo 67 da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984).

Se a simples possibilidade de existência de uma pena corporal justificasse a intervenção, deveria o *Parquet* sempre ter também atuado nos processos cíveis em que se discute a possibilidade de prisão do depositário infiel, não obstante o entendimento que já vem se sedimentando em nossos tribunais superiores acerca da impossibilidade de tal prisão civil.

Da mesma forma, bastante discutível se afigura a intervenção do Ministério Público em prisão civil decorrente de inadimplemento de pensões alimentícias, quando não houver interesse de incapaz sendo discutido em juízo. Em recente pesquisa realizada pela entidade de classe do Ministério Público fluminense, 72% (setenta e dois por cento) dos Promotores e Procuradores de Justiça que responderam à enquete entenderam desnecessária a atuação

---

[26] STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *"Ciência Política e Teoria Geral do Estado"*, 3ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, pág. 68.

[27] DWORKIN, Ronald. *"Taking Rights Seriously"*, Cambridge: Harvard University Press, 1978, págs. 21 a 28.

[28] GRAU, Eros Roberto. *"A Ordem Econômica na Constituição de 1988: Interpretação Crítica"*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, pág. 133, *apud* SCHOTT, Alexandre Viana. *"Ação Penal (Privada) em Face da Institucionalização do Conflito"*. *Cit...*, pág. 41.

ministerial em ações de "alimentos, revisional de alimentos e execução de alimentos entre capazes, qualquer que seja o rito"[29].

Assim, também não deve a possibilidade de privação de liberdade servir como fundamento para a intervenção ora combatida, devendo o intérprete se ater às diretrizes constitucionais em detrimento de eventuais argumentos nesse sentido.

Devem, portanto, os patronos do querelante e do querelado, aí incluída a Defensoria Pública, assim como o Juiz, velar pela escorreita aplicação da lei penal no caso concreto, tendo o próprio Código de Processo Penal mitigado, em diversas passagens, a relevância da atuação ministerial em prol do princípio da oportunidade. Ademais, não se pode olvidar que o juízo de admissibilidade da ação processual penal é do Juiz. Logo, mesmo tendo o Ministério Público repudiado a queixa, poderá o Juiz recebê-la.

Da mesma sorte, outra justificativa para a não intervenção do *Parquet* nesses feitos é a vedação de sua atuação autônoma e independente no processo, em verdadeira rota de colisão com as funções institucionais do órgão delineadas pela nova ordem constitucional.

Se o Ministério Público, em seu parecer final, opina pela condenação do querelado, mas o Juiz o absolve, não havendo recurso do querelante, impedido estará o *Parquet* de recorrer. Ora, se não pode sequer submeter à instância superior a questão, com vistas a sustentar o seu posicionamento fundamentado, encontra-se totalmente prejudicada a sua atuação anterior.

E para se reiterar a desnecessidade da intervenção do órgão na ação penal privada, cabe aqui trazer mais uma vez a preciosa lição de Sérgio Demoro Hamilton, para quem a falta de intervenção do Ministério Público nos feitos em que somente se procede mediante queixa "poderia ser vista, quando muito, como mera irritualidade"[30], em razão de não se encontrar no elenco do inciso III do artigo 564 da Lei de Ritos.

Importante mencionar, ainda, que se entende paradoxal a eleição do princípio da indivisibilidade da ação penal como razão de atuação do *Parquet* na acusação privada, até porque quem deve velar pela sua regular aplicação é o próprio titular da ação, sob o controle do Juiz. Ao Magistrado, inclusive, caberá o dever de rejeitar a queixa na hipótese de nela não terem sido incluídos todos os autores da infração penal.

Na contramão de direção de todas as modernas tendências que visam a abolir a ação processual penal de iniciativa privada, o Supremo Tribunal Federal editou recentemente a Súmula 714 de sua jurisprudência dominante ("É concorrente a legitimidade do ofendido, mediante queixa, e do Ministério Público, condicionada à representação do ofendido, para a ação penal por crime contra a honra de servidor público em razão do exercício de suas funções"), alterando a sua posição anterior sobre o tema ("É de caráter público a ação penal por crime contra a honra praticada contra o funcionário público em razão de suas funções"[31]), que parecia mais acertada diante do inegável interesse público envolvido.

De toda sorte, conforme acima restou delineado, a missão institucional conferida ao Ministério Público pela Carta Magna vigente, na seara criminal, é a defesa da sociedade, na forma delineada nos incisos do seu artigo 129, e não a defesa pessoal de particulares em conflito, que perseguem interesses patrimoniais ou, repita-se, atrelados ao ódio, à ira e à vingança.

Com clareza mais uma vez nos leciona Fernando da Costa Tourinho Filho, em suas críticas à acusação privada, que a razão que leva o particular a promover a ação penal "ou é um sentimento de vingança ou o interesse pecuniário"[32].

A existência da ação processual penal privada representa, assim, uma antiquada visão privatística do processo penal, manifestando-se como um verdadeiro desvirtuamento da diretriz democrática contida no artigo 129, inciso I da Constituição da República, razão pela qual, enquanto não houver inovação legislativa que modifique a sua natureza, não deverá o *Parquet* nela intervir, diante do expresso comando constitucional ali inserido.

Por fim e à guisa de encerramento deste tópico, entende-se que enquanto o legislador não extinguir a ação processual penal de iniciativa privada, transformando todos os crimes sujeitos a esta via em delitos de ação processual penal pública condicionada à representação, o Ministério Público não estará obrigado a intervir em processos criminais sujeitos à persecução de acusador privado. Alterada a configuração legislativa infraconstitucional atual, apresentar-se-á obrigatória a sua atuação, em razão da regra prevista na Carta Magna.

Neste particular, com maestria nos ensina Afrânio Silva Jardim que "o instituto da representação já atenderia aos ponderáveis interesses que se procura tutelar através da ação privada"[33].

Do mesmo modo leciona Alexandre Viana Schott, para quem "os únicos argumentos que poderiam justificar sujeitar a ação penal à vontade da vítima seriam o receio do escândalo e a revitimização do ofendido. Contudo, uma coisa e outra são integralmente atendidas pelo instituto da representação."[34]

---

[29] Enunciado 1, item V, atinente à intervenção do Ministério Público na Área Cível, aprovado em pesquisa de classe e conforme o I e II Encontros sobre o tema, realizados nos dias 29.02.08 e 30.05.08 no auditório da AMPERJ (Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro).

[30] HAMILTON, Sérgio Demoro. *"A Presença do Ministério Público na Ação Penal Privada." Cit...*, pág. 91.

[31] RT, 610/431.

[32] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *"Processo Penal". Cit...*, pág. 441.

[33] JARDIM, Afrânio Silva. *"Ação Penal Pública: Princípio da Obrigatoriedade"*, 4ª edição, Forense, 2001, pág. 28.

[34] SCHOTT, Alexandre Viana. *"Ação Penal (Privada) em Face da Institucionalização do Conflito". Cit...*, pág. 193.

Em razão do que acima restou asseverado, entende-se que os dispositivos atinentes à ação processual penal de iniciativa privada devem ser considerados **ainda constitucionais**[35], enquanto não houver modificação do quadro legal em vigor transformando todas as hipóteses de delitos sujeitos à acusação privada em crimes de ação penal pública condicionada à representação do ofendido. Enquanto tal providência legislativa não for ultimada, deverá o Ministério Público se abster de intervir em tais processos, em razão da ausência de interesse social a ser tutelado, notadamente em razão do comando constitucional contido no artigo 129, inciso I da Constituição da República.

Neste particular, notadamente no que diz respeito ao fenômeno da norma ainda constitucional ou inconstitucionalidade progressiva, com muita propriedade asseverou o Ministro Sepúlveda Pertence, ex-integrante do Supremo Tribunal Federal, ao rejeitar a inconstitucionalidade do artigo 68 do Código de Processo Penal, entendendo que até a criação e desenvolvimento da Defensoria Pública em todos os estados da federação, deveria o Ministério Público permanecer atuando na ação civil *ex delicto*, eis que "a nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade de realização da norma da Constituição subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fática que a viabilizem."[36]

6. A exceção: ação processual penal privada subsidiária da pública

Não obstante as assertivas contidas no item anterior, entende-se obrigatória e necessária a intervenção do Ministério Público na hipótese de ação penal privada subsidiária da pública.

Na verdade, a hipótese ora apresentada não se apresenta como exceção à regra em razão de sua própria natureza, eis que a ação processual penal privada subsidiária da pública apresenta-se, em sua essência, como espécie de ação processual penal pública, através da qual o particular, na qualidade de substituto processual e diante da inércia da agência oficial, está autorizado a provocar a prestação jurisdicional em razão da prática de crime cuja persecução se dá, em regra, através de ação penal pública.

A queixa subsidiária está prevista na Constituição da República, no inciso LIX do artigo 5º, que dispõe que "será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal", assim como no § 3º do artigo 100 do Código Penal, que também a prevê. Assim, inobstante tenha-se atribuído à tal hipótese a particularidade de exceção, vislumbra-se que a intervenção do Ministério Público na acusação subsidiária dar-se-á obrigatoriamente, eis que se trata de ação processual penal que é pública em sua origem e essência, devendo o *Parquet*, inclusive, assumir o comando da ação, como parte que é, na hipótese de negligência do querelante, conforme determina o artigo 29 da Lei de Ritos, dispositivo que se encontra em perfeita sintonia com a norma constitucional do artigo 5º, LIX, que tem o inegável objetivo de admitir a fiscalização do poder público pelo particular, inerente ao regime democrático abraçado pela ordem constitucional em vigor.

7. Racionalização da intervenção do *Parquet* na seara criminal?

Muito tem se falado na racionalização da intervenção ministerial na área cível. Seria possível também usar tal expressão para a seara criminal?

O assunto é recente, mas já vem sendo sedimentado o entendimento, por ora exclusivo na seara cível, de que a atuação do Ministério Público deve se portar de modo a buscar uma reorientação, com o fito de torná-la mais eficiente, positiva e adequada à evolução institucional e ao perfil traçado pela Constituição Federal de 1988, podendo-se dizer que a racionalização da intervenção do *Parquet* é instrumento hábil e efetivo de contribuição para o eficaz desempenho de suas atribuições.

Há, inclusive, no âmbito dos Ministérios Públicos estaduais, atos normativos disciplinando o tema. No estado do Rio de Janeiro, por exemplo, a Deliberação 20-A do Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça, publicada no Diário Oficial de 14/01/2009, regulamenta a matéria.

Em razão de tudo que acima restou asseverado, notadamente em função dos interesses envolvidos na ação penal privada, ora financeiros, ora ligados à vingança do ofendido, é que se entende deva o Ministério Público concentrar seus esforços na soluções de questões cujo interesse público seja preponderante, em detrimento de sua intervenção na ação criminal particular, eis que a eficiência da atuação institucional deve lhe servir de norte.

Ora, muitas vezes o Ministério Público atua nesses feitos onde, como ensina Tourinho, "grosso modo, dizem, ou é um sentimento de vingança ou o interesse pecuniário que leva o particular a promover a ação penal"[37], versando sobre questões atinentes a interesses exclusivos do ofendido, quando poderia estar o *Parquet* atuando em matéria cuja relevância apresenta-se mais condigna com as diretrizes que devem nortear a sua atuação, em estrita observância ao balizamento constitucional que lhe foi dispensado, razão pela qual entendemos poder ser

---

[35] Consulte-se, para maiores informações acerca da "Inconstitucionalidade Progressiva": o teor do acórdão do RE 135.328/SP (STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio de Melo, julgado em 29/06/94); o REsp 107.227/SP (STJ, 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 25/11/02); o informativo nº 272 do STF; e a obra *"Controle de Constitucionalidade"* (MENDES, Gilmar Ferreira. Ed. Saraiva, SP, 1990, pág. 21).

[36] RE 147.776, STF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

[37] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *"Processo Penal"*. *Cit...*, pág. 441.

estendida também à seara criminal, em situações excepcionalíssimas como a que ora se apresenta, o conceito da racionalização da intervenção ministerial.

Neste particular, imperioso se faz observar que a racionalização da intervenção da atuação do Ministério Público, seja na área cível ou criminal, nada mais é do que corolário lógico e obrigatório do princípio da eficiência, consagrado no *caput* do artigo 37 da Constituição da República.

Ao deixar de atuar em processos onde não haja manifesto interesse público, evidencia-se maior agilidade no cumprimento de outras tarefas de destacada proeminência, com inegável intuito de racionalizar a atuação do Promotor de Justiça, eis que serão subtraídos do agente político empreitadas de somenos importância em prol de uma maior disponibilidade para o enfrentamento das questões de relevância institucional, que se mostram em crescente número quantitativo.

8. Conclusão

A lei, como um reflexo da evolução das manifestações da sociedade em dado momento, merece, por vezes, interpretações diferenciadas de acordo com o período e meio social em que seu intérprete se encontra inserido.

Assim, à guisa de encerramento e sem qualquer comparação pretensiosa, mas com o fito de se traçar um paralelo entre os momentos sociais e a interpretação da lei, lembra-se que Gustave Flaubert, no século XIX, ao publicar seu clássico romance "Madame Bovary"[38], foi levado ao banco dos réus por ofensa à religião e à moral pública da sociedade francesa, tendo causado extrema indignação na burguesia da época, que não estava acostumada a enfrentar , ao menos às escâncaras, assuntos como sexo e adultério.

Hodiernamente, a literatura e a sociedade ocidentais abordam, de um modo geral, livremente tais temas, sem qualquer espanto ou surpresa, sendo certo que no Brasil, por exemplo, adultério nem mais crime é, já estando a sociedade acostumada a discorrer sobre o assunto muito antes dos escritos de Nelson Rodrigues.

Ora, da mesma forma que a sociedade sofreu profundas alterações com o passar do tempo, o intérprete da lei também deve estar pronto para esse processo. Não se pode, assim, fechar os olhos para a vontade diferenciada e impura do legislador da década de 40 do século passado, quando se encontrava em vigor uma Constituição autoritária e ditatorial conhecida como "Polaca", época em que o Ministério Público pertencia ao Poder Judiciário, como fiel escudeiro e verdadeiro braço direito do Juiz.

A visão da atuação como *custos legis* para defesa do princípio da indivisibilidade na ação processual penal privada deve ser considerada ultrapassada, eis que tal papel deve ser exercido pelo Magistrado, sob a atenta vigilância das partes e de seus patronos.

A autonomia e a elevada envergadura de atribuições dispensadas ao *Parquet* pela ordem constitucional em vigor exigem da instituição verdadeiro distanciamento da defesa de exclusivos interesses particulares, eis que a intervenção na ação processual penal privada marginaliza o órgão do Ministério Público de sua função precípua estabelecida na CF/1988, que é a de titular do monopólio da ação processual penal pública.

Constata-se, assim, que nos processos cuja deflagração depende de queixa, o interesse de agir do querelante se confunde, de forma indevida, com o interesse de fato exercido pela vítima, tutelando sempre pretensões atinentes a questões financeiras ou ligadas ao exercício da vingança privada, o que afasta a necessidade da intervenção do Ministério Público no feito, eis que sua atuação no processo criminal deve se pautar sempre em prol dos interesses da sociedade como um todo, em detrimento da fiscalização dos interesses exclusivos do ofendido. Deve ser tomada como exceção a hipótese de intervenção na ação penal privada subsidiária da pública, pela sua natureza e essência de ação penal pública.

Solução que se admite para o problema, todavia, como bem ensinam Afrânio Silva Jardim e Alexandre Viana Schott, é a alteração da estrutura de tais delitos, condicionando-os à representação, oportunidade em que obrigatória será a intervenção do Ministério Público, agora por expressa determinação constitucional. Não vai mais poder o intérprete, em tal hipótese, perquirir acerca da atuação da instituição nesses casos, eis que tal dúvida já se encontrará devidamente dirimida pelo comando constitucional da ação processual penal pública atinente ao caso.

Deste modo, enquanto não houver modificação legislativa extinguindo a ação penal privada, com a transformação de todos esses delitos em crimes de ação penal pública condicionada à representação, o Ministério Público deve se abster de atuar nessas ações criminais, porque a exclusividade dos interesses pessoais não pode pautar as regras de intervenção do órgão, que deve racionalizar sua intervenção também na seara criminal, para que possa ter maior disponibilidade para o enfrentamento das questões de relevância institucional.

Alterada a natureza da ação, obrigatória será a intervenção diante do mandamento constitucional inscrito no inciso I do artigo 129, mas agora pela expressa e democrática vontade do legislador. Enquanto tal modificação legislativa não for ultimada, devem ser considerados ainda constitucionais os dispositivos atinentes à ação penal privada existentes na legislação penal e na de ritos.

---

[38] FLAUBERT, Gustave. "*Madame Bovary*". Tradução, apresentação e notas de Fúlvia M. L. Moretto, Editora Nova Alexandria, 2007, página 301 a 318.

017

OS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS COMO SENTIDO DO VETOR AXIOLÓGICO CONSTITUCIONAL E A POSSIBILIDADE DE CONCILIAÇÃO NAS INFRAÇÕES DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO DE AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA

Tiago Joffily

Promotor de Justiça/RJ

I – Introdução

No presente estudo pretende-se analisar sob o ponto de vista técnico-jurídico o entendimento consolidado dos Juízes de Juizados Especiais Criminais e das Turmas Recursais do Estado do Rio de Janeiro que reconhece a possibilidade de extinção da punibilidade de condutas tipificadas como crime de ação penal de iniciativa pública incondicionada quando houver conciliação (acordo civil) entre o suposto autor do fato e a vítima direta[1].

À primeira vista, tal entendimento encontra-se em desacordo com a teoria geral do processo penal, tal como tradicionalmente prevista no ordenamento jurídico infraconstitucional e interpretada pela quase totalidade da doutrina pátria. Tanto assim, que os membros do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, reunidos para debater aspectos controvertidos da Lei nº 9.099/ 95, consolidaram, por maioria, entendimento institucional diametralmente oposto àquele esposado pelos magistrados, ou seja, no sentido de que é impossível falar-se em conciliação com efeitos de extinção da punibilidade quando se tratar de crime de ação penal de iniciativa pública incondicionada[2].

Entre um e outro entendimento, cujas conseqüências práticas não são em nada desprezíveis (haja vista o enorme número de conciliações e manifestações de desinteresse formuladas pelas vítimas em termos circunstanciados que apuram delitos de menor potencial ofensivo), inevitável a análise do próprio sistema de justiça penal instituído pela Constituição da República para os Juizados Especiais Criminais, de modo a verificar se os mesmos princípios que norteiam a tradicional teoria geral do processo penal – em especial o da obrigatoriedade – também se aplicam integralmente neste novo modelo de solução de conflitos.

II – O processo penal clássico e seus princípios correlatos

Encarado desde há muito como instrumento de um direito penal de viés inequivocamente punitivo, o processo penal brasileiro tem por base princípios que assegurem o exercício do poder punitivo estatal, impedindo que condutas tidas por criminosas passem sem retribuição pública.

O ideal de justiça culturalmente enraizado em nossa sociedade sempre esteve intimamente ligado à noção de retribuição do mal com o mal, de compensação do delito pela pena como única forma de resolução de conflitos considerados graves para aqueles que detêm a autoridade para classificar condutas socialmente negativas como criminosas.

Em razão disso, é regra em nosso sistema processual penal a indisponibilidade do exercício do direito de ação pelo Estado, seja antes do oferecimento da denúncia, seja quando já em curso o processo, de modo que

---

[1] **30.1** - Nas hipóteses de ação penal publica incondicionada, quando houver vitima direta, é possível a conciliação (acordo civil) com a conseqüente extinção da punibilidade (**II EJJECRIM**).

[2] **2**- Nas infrações de ação penal pública incondicionada, independentemente da existência de vítima individualizada, não é admitida a composição civil extintiva de punibilidade. (**V Encontro de Trabalho dos Membros do Ministério Público sobre Juizados Especiais Criminais - Maioria**).

nenhuma conduta criminosa levada a registro policial fique sem a devida punição quando presentes todas as condições e pressupostos legais para tanto.

Somente excepcionalmente, quando envolvidos interesses muito íntimos daqueles que foram vítimas de algum delito, é que o legislador infraconstitucional admitiu o exercício pessoal do direito de ação, de modo que só haverá processo e punição estatal se o ofendido manifestar seu interesse em processar (oferecimento de queixa-crime) ou ver processado (exercício do direito de representação) o suposto autor do delito[3]. Deste modo, a opção do ofendido pelo não exercício do direito de ação penal nos casos em que a lei exige sua iniciativa, ao contrário de significar a indiferença estatal com relação à punição da conduta criminosa, apenas demonstra que o poder público não poderia retribuir o mal causado pelo ofensor sem submeter a vítima a constrangimento ainda maior, razão por que o poder punitivo não poderá ser exercido legalmente nestes casos.

De acordo com essa forma de pensar, não há espaço na seara criminal para a conciliação entre suposto autor do fato e vítima, sendo inadmissível mesmo qualquer forma de solução pacífica para o conflito de interesses, tal como se daria nos casos em que o ofendido perdoasse o ofensor ou se satisfizesse com o mero reconhecimento público do erro daquele ou ainda com uma indenização pelos prejuízos sofridos em razão da conduta ilícita. Nestes casos, segundo a *ratio* processual penal tradicional, não haveria que se falar em realização de justiça, mas, pelo contrário, em demonstração de fraqueza diante do mal causado pelo autor do delito, que ficaria impune face aos atos ilícitos que praticou[4].

São duas as razões que tentam conferir *legitimidade externa*[5] ao processo penal punitivo tradicionalmente aplicado em nosso país: uma, de caráter puramente retributivo, corresponde ao raciocínio que levou Kant a eleger o direito penal como imperativo categórico[6], ou seja, como *"critério supremo de ajuizamento da moralidade"*[7], de modo que o valor *justiça* só se realizaria com a devida compensação do mal causado pelo agente por outro em igual medida aplicado contra ele pelo Estado; a outra, de caráter puramente utilitário, diz respeito a todas as teorias que atribuem à pena privativa de liberdade funções (prevenção geral e especial, negativa e positiva) que a prática já demonstrou irrealizáveis[8]. De uma ou de outra forma, a crença geral é a de que o poder punitivo estatal é algo bom

---

[3] Alguns autores costumam relacionar a opção política de condicionar o exercício do poder punitivo à representação ou ao oferecimento de queixa pelo ofendido apenas com a gravidade do delito praticado, o que em nada corresponde à realidade. Para comprovar o equívoco de tal assertiva, basta ver que condutas que sequer são classificadas como delito, mas como mera contravenção penal, são todas de ação penal pública incondicionada, enquanto que crimes considerados hediondos, como o estupro e o extinto atentado violento ao pudor, eram, até a edição da Lei nº 12.015/ 09, de ação penal de iniciativa privada.

[4] É essa a opinião, dentre outros, de Aloysio de Carvalho Filho, *in verbis*: *"Acresce que a renúncia e o perdão, conseqüências práticas da intervenção soberana do indivíduo, criam, em larga escala, a impunidade. É um espetáculo deponente o das desistências da ação penal, algumas vezes sinceras, quantas outras sem nenhuma motivação, fruto de conluios ou de extorsões, em que a dignidade do ofendido se compromete, e não raro são envolvidos parentes e amigos do ofendido e do ofensor. E a essa verdadeira consagração da impunidade preside, impotente, o Ministério Público!"* (*in Comentários ao Código Penal*. Vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1944. p. 23).

[5] Adota-se aqui a diferenciação proposta por Luigi Ferrajoli entre legitimação externa e interna do direito penal, de modo que: *"Por* legitimação externa *ou* justificação *refiro-me à legitimação do direito penal por meio de princípios normativos externos ao direito positivo, ou seja, critérios de avaliação moral, políticos ou utilitários de tipo extra ou metajurídico. Por* legitimação interna *ou* legitimação em sentido estrito *refiro-me à legitimação do direito penal por via de princípios normativos ao próprio ordenamento positivo, vale dizer, a critérios de avaliação jurídicos, ou, mais especificamente intrajurídicos. O primeiro tipo de legitimação diz respeito às* razões externas, *isto é, àquelas* do *direito penal; o segundo, por sua vez, concerne às suas* razões internas, *ou* de *direito penal. Substancialmente, a distinção coincide com aquela tradicional entre* justiça *e* validade*"* (*in Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 171).

[6] *"La ley penal es un imperativo categórico; y desdichado aquel que se arrastra por el tortuoso sendero del eudemonismo, para encontrar algo que, por la ventaja que se puede sacar, descargase al culpable, em todo o en parte, de las penas que merece según el proverbio farisaico: 'Más vale la muerte de un solo hombre que la pérdida de todo el pueblo'; porque, cuando la justicia es desconocida, los hombres no tienen razón de ser sobre la tierra"* (KANT, Immanuel. *Princípios metafísicos del derecho*. Buenos Aires: Editorial Americalee, 1943. p. 172).

[7] *Apud* HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant; tradução de Christian Viktor Hamm e Valério Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 197.

[8] O Código Penal brasileiro, em seu art. 59, *caput*, adotou a teoria mista de justificação da pena, atribuindo a esta a dupla função de retribuir o mal causado e de prevenir a ocorrência de novos delitos. No entanto, com relação a esta última função atribuída à pena, por mais que se tenha tentado demonstrar sua validade, o fato é que o caráter preventivo da reprimenda penal (geral ou especial, positivo ou negativo) nunca foi confirmado na prática. Muito pelo contrário. Por inúmeras vezes, estudos sociológicos demonstraram de forma convincente que a execução da pena privativa de liberdade, ao invés de prevenir delitos, funcionava como verdadeiro estímulo para novas condutas tidas por criminosas (funções latentes), o que levou Nilo Batista a tecer o seguinte comentário sobre as diversas teorias que tentam legitimar o exercício do poder punitivo estatal: *"Se a adoção de uma concepção retributiva-absoluta de pena não passa de um ato de fé, adotar uma concepção preventiva – mesmo na sofisticada versão antes dialética e agora unificadora roxiniana – é mais do que isso, é desafiar todo o fracasso das pesquisas que empiricamente tentaram comprovar as funções preventivas, quando tal comprovação era factível. No sistema de ROXIN, se as trocas com a política criminal receberam um enorme impulso, a criminologia foi deixada no vestíbulo: era uma convidada algo inconveniente, cujos maus modos poderiam perturbar o encontro, explodindo uma gargalhada quando alguém falasse de ressocialização através da privação de liberdade"* (*in Novas tendências do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 20).

e/ou necessário para a sociedade, de modo que o Poder Público, como protetor dos interesses coletivos, estaria obrigado a exercê-lo, ainda que de forma judicialmente controlada[9].

III – A idéia de justiça na Constituição da República

Apesar de tradicionalmente identificado o valor *justiça* com a idéia de retribuição do mal com o mal – o que daria ensejo aos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade como matrizes de nosso sistema processual penal –, não há como afirmar, juntamente com Kant, que tal paradigma axiológico seja da essência humana e, portanto, válido universalmente para todos os povos e em todos os tempos[10].

Com efeito, revelam os estudos de antropologia jurídica que alguns povos, ao contrário da civilização ocidental moderna, valorizam como virtuoso aquele que sabe resolver seus conflitos, até mesmo os mais graves, de forma conciliadora, exercendo o direito de perdão, e não o de vingança, como instrumento de realização da justiça. Conforme relato de ROULAND, para os *Gamos* da Etiópia *"os homens honrados são os que sabem pacificar as brigas: esta arte é um dos princípios fundamentais da educação gamo. A reparação e a pena são meios rudimentares de dar fim a um conflito: cumpre sobretudo eliminar suas causas e os rancores que ocasionou (aliás, expulsam-nos do ventre por vômitos simulados). Em caso de homicídio, tudo é feito para prevenir as ocasiões de vingança. Os membros das linhagens envolvidas devem evitar-se, o homicida é desterrado. Mas o banimento não é definitivo. Prima a reconciliação, e os parentes da vítima participam dela. O homicida e sua linhagem tomam a iniciativa enviando seus anciães ao clã da vítima para saber se quer aceitar a volta do culpado. Quando a resposta é afirmativa, um ritual marca a extinção do conflito. Um animal é sacrificado, depois o cortam em pedaços e praticam uma incisão em sua pele. O homicida e o parente mais próximo da vítima passam então por esse buraco, para marcar seu renascimento para uma nova ordem"*[11].

É certo que não vivemos na Etiópia e, muito menos, entre os *Gamos*. Nossa sociedade, como sói dizer, é muito mais complexa do que a dos povos considerados "primitivos" ou indivisos. No entanto, sendo o direito a expressão do que *deve ser* e não apenas do que *é* de fato a vida em sociedade, nada justifica que a opção política por uma sociedade baseada na divisão de classes e na acumulação progressiva de capitais nas mãos de uns poucos passe a servir como fundamento axiológico e legitimador do poder punitivo estatal. A deformação da vida social não importa necessariamente na deformação do próprio homem, que pode continuar pautando sua conduta de acordo com valores humanitários e solidários e não com base no individualismo e na intolerância, próprios do regime político-econômico que passou a predominar após a revolução industrial.

Em oposição a um ideal de justiça meramente retributiva, baseada na intolerância e na exclusão do indesejável como imperativos de um sistema de valores inflexível e imposto unilateralmente pelo Estado, é possível crer, portanto, na possibilidade de outras formas de solução das controvérsias penais, estimulando o entendimento entre as partes afetadas e buscando, a partir do diálogo, alternativas criativas à simples punição do autor e ao recorrente esquecimento da vítima.

---

[9] Nesse sentido, Afrânio Silva Jardim, que, embora reconhecendo o fracasso prático das funções atribuídas à sanção penal (*"são múltiplos os fins que justificam a sanção penal, embora estejam eles sempre em constante questionamento, dado o seu fracasso na realidade prática"*), acredita ser possível extrair do princípio constitucional da legalidade a obrigatoriedade do exercício da ação penal pública, *in verbis*: *"O interesse público exige da administração não só uma atividade que promova ou fomente o bem comum, como também impede a paralisação desta atividade. O princípio da legalidade cria assim também um 'dever de agir' para o Estado, como decorrência da indisponibilidade do interesse público. (...) O princípio da obrigatoriedade da ação penal pública não é uma opção arbitrária do legislador, mas está inserido dentro de um contexto democrático, na qual ao funcionário do Estado não é dado dispor do interesse coletivo. Não foi por outro motivo que a Constituição italiana de 1947, promulgada após o regime facista, elevou a obrigatoriedade da ação penal a dogma constitucional (...). O Estado tem o poder-dever de punir. Entretanto, como veremos a seguir, valores socialmente relevantes determinaram que o* ius puniende *do Estado não se realize ou concretize administrativamente. Aqui, percebe-se o duplo aspecto do Estado de Direito: o poder público tem que agir, mas sua atividade está também vinculada ou disciplinada pela ordem jurídica. É preciso submeter a pretensão punitiva estatal ao crivo da busca dialética da verdade, através do processo de partes"* (*in Análise sistemática do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública*. Dissertação para exame de livre-docência de direito processual penal da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 1988. p. 9-12).

[10] O caráter mítico da retribuição como valor universalmente aceito pelas sociedades é demonstrado por Scheerer, quando, citando Malinowski, afirma que: *"En la discusión científica, incluso, es ahora indiscutido que el Derecho penal y las penas criminales no son, de ningún modo, formas universales de control social: 'En las sociedades libres de dominio, que – no se olvide – fueron características de la mayor parte de la historia de la humanidad, no existen. El control social en ese contexto no es represivo, sino que se dirige hacia la reinserción del sujeto desviado, reparación de eventuales daños, restablecimiento del status quo, pacificación y limitación del conflicto. Tan solo con la aparición de las clases sociales, con la dominación y con la organización estatal de la sociedad se generan conflictos antagónicos que ya no pueden ser resueltos en el interés de la mayoría de los miembros de la sociedad, o incluso, del colectivo en su conjunto'. Sin normas o sanciones no puede existir ninguna sociedad – pero si sin penas criminales. Las normas son algo universal, pero no las normas jurídicas; las sanciones, pero no las penas; el principio de reciprocidad, pero no la retribución mediante pena; la adscripción de responsabilidad, pero no la culpabilidad. Hay innumerables ejemplos de sociedades sin Derecho penal y sin penas criminales – y no cabe imaginar una sociedad mundial sin normas y sanciones, pero si una sociedad mundial sin Derecho penal y sin penas"* (SCHEERER, Sebastian. ¿La pena criminal como herencia cultural de la humanidad? In Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 13, nº 57. São Paulo: RT, 2005. p. 110).

[11] ROULAND, Norbert. *Nos confins do direito: antropologia jurídica da modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 119.

Existem, como bem notou Antonio Beristain[12], duas linhas gerais em que se divide atualmente a chamada ciência penal total (direito penal, criminologia e política criminal): uma denominada *"justiça criminal retributiva"*[13] e outra denominada *"justiça criminal restaurativa"*[14]. Tais modelos, contrapostos, estão baseados, respectivamente, numa sociedade em que os valores individualistas já não permitem mais a convivência solidária entre todos os componentes do mesmo povo, sendo a exclusão daqueles tachados como indesejáveis a única solução possível para os inevitáveis conflitos que vão surgindo; e numa sociedade em que seus membros ainda são capazes de se reconhecer como iguais, ou seja, onde ainda seja possível encontrar identidade entre aqueles que formam o mesmo grupo, de modo que as sanções aplicadas em razão de condutas socialmente negativas buscam muito mais a recomposição da paz social do que a simples punição do responsável.

Embora não tenha ficado imune às influências da *"justiça criminal retributiva"*, parece inequívoco que a Constituição da República, elegeu o modelo de *"justiça criminal restaurativa"* como objetivo a ser perseguido, tudo com vistas à formação de um *"Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias"*.

Como se vê, já em seu preâmbulo, a Carta Política deixou expressa sua opção pela instituição de um Estado fraterno, fundado na harmina social e comprometido com a solução pacífica de todo e qualquer tipo de controvérsia, o que foi confirmado, aliás, ao serem elencados, em seu art. 3º, os objetivos (leia-se valores[15]) fundamentais da República Federativa do Brasil.

Esse, portanto, o objetivo (*rectius*, valor) positivado pelo legislador constituinte para todo o ordenamento jurídico pátrio: a solução pacífica das controvérsias, de modo a *"construir uma sociedade livre, justa e solidária"*. Note-se que o ideal de solidariedade em que se funda a República Federativa do Brasil só se compatibiliza com uma busca permanente pela inclusão de todos no paradigma de identidade nacional, reduzindo as desigualdades sociais e regionais, bem como erradicando a pobreza e a marginalização, de modo que soluções pacíficas e conciliatórias possam ser encontradas mesmo para as controvérsias consideradas mais graves.

É claro que o fim eleito pelo constituinte (aliás, único possível para um Estado que se pretende democrático), como vetor axiológico a ser seguido por toda a nação, não constitui uma *regra jurídica*[16], no sentido biunívoco

---

[12] *"Atualmente, em linhas gerais, pode-se dizer que a ciência total do direito penal, incluindo a criminologia, avança por duas auto-estradas (com diversas 'faixas dentro de cada uma delas): a) a denominada* justiça criminal retributiva, *que começa seu* iter *na culpabilidade e tem como meta a pena como sofrimento estigmatizante contra o delinqüente; e b) a* justiça criminal restaurativa, *que dirige seus passos, principalmente, para a análise dos danos que a criminalidade causa no sujeito dos delitos (a vítima) para outorga-lhe sua justa reparação"* (*in Nova Criminologia à luz do direito penal e da vitimologia*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000. p. 171).

[13] *"No modelo retributivo, vimos que há uma ênfase na questão do respeito ao dever para fundamentar a liberdade como expressão de adesão a uma máxima universal, cujo obstáculo dita a necessidade de castigo, incondicionalmente. A construção de um sistema e de uma regra aplicável a toda e qualquer circunstância, independentemente dos objetos externos, dos sentidos, dos desejos, das expectativas, expressa, inegavelmente, um valor subjacente: o de ordem, controle, fixidez, segurança, colocado de modo inquestionado como uma verdade por si mesma vigente. A necessidade do castigo, num sistema como tal, decorre da estruturação rígida de um modelo lógico de concepção da sociedade, fundada em valores tais que, para fazer valer sua universalidade, qualquer erro ou desvio deve ser extirpado"* (MELO, Eduardo Rezende. *Justiça restaurativa e seus desafios histórico-culturais (um ensaio crítico sobre os fundamentos ético-filosóficos da justiça restaurativa em contraposição à justiça retributiva)*. Revista de Estudos Criminais, Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais, ano IV, jan./mar. 2006, nº 21. p. 115).

[14] *"Entendo que a justiça restaurativa nos abre de modos vários a um contrataste radical com esse modelo [retributivo]. Primeiramente, ela expressa uma outra percepção da relação indivíduo/ sociedade, o que concerne ao poder: contra uma visão vertical na definição do que é justo, ela dá vazão a um acertamento horizontal e pluralista daquilo que pode ser considerado justo pelos envolvidos numa situação conflitiva. Segundo, ela foca nas singularidades daqueles que estão em relação e nos valores que a presidem, abrindo-se, com isso, àquilo que leva ao conflito. Neste duplo contraste, a própria fundação da regra se apresenta de outro modo, permitindo o rompimento desta cisão entre interioridade e exterioridade que marca a concepção kantiana e que nos remete à possibilidade de emancipação, com um comprometimento pessoal nas ações e expressões individuais pela elaboração das questões que se apresentam envolvidas no conflito. Terceiro, e principalmente, se o foco volta-se mais à relação do que à resposta estatal, a uma regra abstrata prescritora de uma conduta, o próprio conflito e a tensão relacional ganha um outro estatuto, não mais como aquilo que há de ser rechaçado, apagado, aniquilado, mas sim como aquilo que há de ser trabalhado, elaborado, potencializado naquilo que pode ter de positivo, para além de uma expressão gauche, com contornos destrutivos. Quarto, ao trazer à tona estas singularidades e suas condições de existência subjacentes à norma, este modelo aponta para o rompimento dos limites colocados pelo direito liberal, abrindo-nos, para além do interpessoal, a uma percepção social dos problemas colocados nas situações conflitivas"* (MELO, Eduardo Rezende. Ob. cit., p. 117).

[15] Na lição de Miguel Reale: *"Um fim* [ou objetivo] *outra coisa não é senão um valor posto e reconhecido como motivo de conduta"* (REALE, Miguel. Filosofia do Direito. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 544).

[16] Conforme explicação didática de Ana Paula de Barcellos: *"as regras só admitem duas espécies de situação: ou são válidas e se aplicam ou não se aplicam por inválidas. Uma regra vale ou não vale juridicamente. Não são admitidas gradações. Como registra Robert Alexy, ao contrário das regras, os princípios determinam que algo seja realizado na maior medida possível, admitindo uma aplicação mais ou menos ampla de acordo com as possibilidades físicas e jurídicas existentes. Estes limites jurídicos, que podem restringir a otimização de um princípio, são (i) regras que o excepcionam em algum ponto e (ii) outros princípios opostos que procuram igualmente maximizar-se, daí a necessidade eventual de ponderá-los. Desenvolvendo esse critério de distinção, Alexy denomina as regras de* comandos de definição *e os princípios de* comandos de otimização*"* (*in A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 50).

popularizado por Ronald Dworkin através do modelo do "tudo ou nada", mas verdadeiro *princípio*[17] que deve informar todas as demais normas jurídicas, ampliando as hipóteses de aplicação daquelas que privilegiam a solução pacífica das controvérsias e restringindo aquelas que ainda se fundam no ideal repressivo próprio do sistema penal tradicional. A partir dos valores constitucionalmente positivados, portanto, pode-se dizer que o ideal repressivo/ retributivo do direito penal e processual penal tradicionais deve tender à diminuição com o passar do tempo e, em termos ideais (e apenas ideais), à extinção.

Aliás, uma análise dos dispositivos constitucionais relacionados à matéria criminal parece confirmar a existência desse vetor axiológico, havendo maior resistência à solução pacífica dos delitos considerados mais graves (art. 5º, incisos XLII, XLIII e XLIV, da CR)[18], de um lado, e determinação expressa para que as infrações penais de menor potencial ofensivo sejam solucionadas, prioritariamente, por meio da conciliação (art. 98, I, da CR), de outro. O sentido para o qual aponta a seta que representa graficamente o mencionado vetor axiológico — de uma menor tolerância e maior punição (!) para uma menor intolerância e maior conciliação — é dado pelos objetivos fundamentais da solidariedade (art. 3º, I) e da erradicação da marginalização (art. 3º, III), que conduzem a formas pacíficas de solução das controvérsias, haja vista a progressiva construção de uma sociedade fraterna e igualitária. Tais dispositivos, ao contrário do que possa parecer, não formam um emaranhado de regras e princípios desconectados, mas verdadeiro sistema de redução permanente dos mecanismos violentos de solução de conflitos.

IV – O sistema processual penal dos Juizados Especiais Criminais

Muitas obras doutrinárias foram publicadas após o advento da Lei nº 9.099/ 95, que instituiu o Juizado Especial Criminal em nosso país, boa parte delas de afogadilho[19], antes que se pudesse refletir minimamente acerca de todas as inovações trazidas.

Praticamente nenhuma dessas obras, no entanto, analisou a questão a partir da norma fundamental que deu origem ao novo sistema de justiça criminal, olvidando-se que, de acordo com o atual estágio da técnica jurídica, é a Constituição da República que confere validade interna para o ordenamento jurídico positivado, nunca o contrário[20]. Assim, ainda que se tenha debatido, especificamente, a validade de alguns institutos previstos na nova Lei em face do texto constitucional – tal como se deu, por exemplo, em relação à discussão sobre a compatibilidade ou não da transação penal com os princípios da presunção de inocência e do devido processo legal –, raramente houve questionamento acerca da observância, pelo legislador ordinário, dos princípios conciliadores e pacificadores impostos pela Lei Maior e indevidamente restringidos pela Lei nº 9.099/ 95.

---

[17] *"Bem examinadas as coisas, aliás, há de se reconhecer que os princípios éticos nada mais são do que a tradução normativa dos grandes valores da convivência humana. Nessa condição, nunca se pode dizer que um princípio se acha completamente realizado na vida social. Uma característica essencial dos valores, como sabido, é a sua transcendência em relação à realidade. Cada valor representa um ideal jamais atingível em sua plenitude. É ridículo pretender que a justiça será, um dia, plenamente realizada na face da Terra; ou que determinado país já atingiu um estado de perfeita liberdade, em todos os setores da vida social, de sorte que nada mais resta fazer para melhorar a condição dos seus cidadãos a esse respeito. Os princípios éticos, para usarmos expressão cunhada por um jurista, constituem, na verdade, 'mandamentos de otimização' (Optimierungsgebote), e de otimização permanente, jamais acabada"* (COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 511).

[18] Importante ressaltar, neste ponto, que a previsão de normas com maior carga repressiva em alguns dispositivos constitucionais não leva à conclusão de que o legislador infraconstitucional estaria obrigado à criminalização de determinadas condutas, sob pena de sua omissão ser considerada inconstitucional, tal como defendido, dentro outros, por Lenio Streck e Luciano Feldens. Ao revés, conforme afirmado anteriormente, o vetor axiológico da justiça penal aponta para a progressiva ampliação das hipóteses de solução pacífica das controvérsias, de modo que esse objetivo maior deve ser incansavelmente buscado pelo legislador, até que, ao final, se possa prescindir da criminalização daquelas condutas tidas como socialmente gravíssimas até mesmo pela Constituição da República. Sobre o assunto, precisa é a tese de doutorado defendida por Janaina Conceição Paschoal na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em que tentou com sucesso demonstrar que, a partir do princípio constitucional da intervenção mínima, a criminalização de condutas só pode ser admitida em um Estado democrático de direito quando demonstrada sua absoluta e concreta necessidade: *"Assim, não importa o que imponha a Constituição, em sendo a intervenção penal uma exceção, se, de uma análise concreta, aferir-se que a elaboração da norma ou que sua manutenção não são efetivamente necessárias, não há previsão legal e/ ou constitucional que possa obrigar que a conduta seja incriminada. Resumindo, em um Estado social e democrático de direito, o legislador sabe o máximo a que pode chegar, não existindo, no entanto, um mínimo previamente determinado"* (*in Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Editora RT, 2003. p. 148).

[19] É o termo usado por Afrânio Silva Jardim, *in verbis*: *"Sempre que surge uma lei nova há um certo afogadilho, uma certa necessidade de alguns autores e professores de lançar posições novas, 'criar em cima da lei'. E isso é bom, porque sacode aquele nosso espírito do Direito conservador. Mas, às vezes, a coisa vai ousada demais e perdemos os limites da interpretação, do conhecimento jurídico. Temos encontrado isso na interpretação da Lei nº 9.099/ 95. Obras publicadas de imediato, com posições muito pessoais e opinativas, acabam, pela autoridade e importância de seus autores, seduzindo a comunidade jurídica e, só com o tempo, demoradamente, é que colocamos as coisas nos trilhos novamente"* (Direito Processual Penal; estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 345).

[20] *"A Constituição passa a ser, assim, não apenas um sistema em si – com sua ordem, unidade e harmonia –, mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como* filtragem constitucional, *consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. A constitucionalização do direito infraconstitucional não identifica apenas a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional"* (BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e Filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In Grau, Eros Roberto e Cunha, Sérgio Sérvulo (coord.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 56).

Não obstante serem corriqueiros comentários como os de Grinover *et alli*, no sentido de que *"o legislador soube romper os esquemas clássicos do direito criminal e do processo penal, adotando corajosamente soluções profundamente inovadoras"*[21], entendemos que a regulamentação legal do art. 98, inciso I, da Constituição da República, foi por demais tímida e, até mesmo, indevidamente redutora do valor pacificador e conciliador adotado pelo legislador constituinte.

Ora, como já defendido acima, não foi o legislador infraconstitucional quem inovou, mas a própria Constituição da República, ao apontar que mesmo na seara penal é preciso oxigenar o rígido ideal de justiça retributiva com novas formas de solução pacífica dos conflitos, cuja implementação fez cogente para todas as infrações penais de menor potencial ofensivo. Eis os exatos termos da previsão constitucional:

> "Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados **criarão**:
> I – **juizados especiais**, providos por juízes togados, ou togados e leigos, **competentes para a conciliação**, o julgamento e a execução **de** causas cíveis de menor complexidade e **infrações penais de menor potencial ofensivo**, mediante procedimentos oral e sumaríssimo, **permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação** e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;" (**Sem grifos no original**).

Diante disso, ainda que se concorde com a crítica formulada por alguns autores no sentido de que melhor seria a descriminalização mesma de todos os delitos hoje considerados de menor potencial ofensivo[22], o fato é que nem mesmo isso poderia impedir a abertura do tradicional sistema de direito penal e processual penal ao ideal conciliador e pacifista dos Juizados Especiais Criminais. De acordo com o sistema de justiça criminal idealizado pela Constituição da República, se os crimes hoje considerados de menor potencial ofensivo vierem a ser descriminalizados, outros, necessariamente, deverão passar a receber idêntico tratamento, sob pena de inconstitucionalidade por omissão, até que mesmo as condutas consideradas mais gravosas possam ser solucionadas de acordo com o ideal fraterno em direção e sentido ao qual aponta o vetor axiológico previsto na Carta Política. Essa a primeira constatação.

A análise do referido dispositivo constitucional revela também que a conciliação deverá ser buscada no âmbito do Juizado Especial Criminal sempre que isso se mostrar de fato possível, não podendo o sistema processual penal tradicional ser invocado como obstáculo para a completa concretização da norma fundamental. Aí o fundamento jurídico de validade do entendimento esposado pelos magistrados fluminenses, que é o objeto principal de análise no presente estudo, tal como exposto na introdução, e ao qual retomamos daqui por diante.

Entendem os Juízes dos Juizados Especiais Criminais e das respectivas Turmas Recursais fluminenses, conforme enunciado nº 30.1 da consolidação de seus encontros de discussão, que *"nas hipóteses de ação penal publica incondicionada, quando houver vitima direta, é possível a conciliação (acordo civil) com a conseqüente extinção da punibilidade"*.

Tal entendimento vem enfrentando resistência por parte de muitos membros do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, haja vista o literal teor do art. 74, p. ún., da Lei nº 9.099/ 95, que confere força extintiva da punibilidade apenas aos acordos cíveis celebrados entre ofensores e ofendidos de delitos de ação penal de iniciativa privada ou pública condicionada à representação.

De fato, é inegável que o legislador infraconstitucional, ao regulamentar o art. 98, I, da CR, seguiu, em sua maior parte, o sistema puramente retributivo do processo penal tradicional, negando-se a admitir que também os delitos de ação penal pública incondicionada pudessem ser objeto de conciliação entre os sujeitos ativo e passivo da infração penal. Com isso, maculou o legislador ordinário todo o espírito restaurativo conferido pela Carta Política aos Juizados Especiais Criminais, interpretando a Constituição de acordo com o clássico sistema punitivo estatal e não de acordo com os valores e princípios nela mesma contidos para a solução das infrações de menor potencial ofensivo.

Com efeito, no âmbito da conciliação – único instituto efetivamente revolucionário em termo de solução pacífica de controvérsias – a Lei nº 9.099/ 95 em praticamente nada inovou em relação ao vetusto sistema processual penal punitivo, eis que a vítima e o autor do fato sempre puderam transigir com relação ao exercício do direito de ação penal de iniciativa privada ou com relação ao direito de representação, sendo a única diferença prática a previsão expressa, agora, de uma audiência preliminar com esse desiderato para ambas as hipóteses e não apenas para o procedimento dos crimes de calúnia e injúria, tal como anteriormente previsto nos artigos 519 e seguintes do Código de Processo Penal[23]. Desta forma, a previsão constitucional de uma Justiça especializada em matéria de

---

[21] GRINOVER, Ada Pellegrini *et alli. Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. São Paulo: Editora RT, 2000. p. 51.

[22] Contravenções penais e crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa, conforme redação dada ao art. 61, da Lei nº 9.099/ 95, pela Lei nº 11.313, de 28.06.06.

[23] A inexistência de um ato processual específico para a realização desse acordo não significa que ele não ocorresse na prática, uma vez que a vítima sempre pôde dispor livremente dos direitos de queixa e de representação, com ou sem acordo prévio com o autor do delito.

infrações de menor potencial ofensivo, pautada nos ideais restaurativos de conciliação e solução pacífica das controvérsias, em nada terá inovado no ordenamento jurídico caso se aplique ao pé da letra a Lei nº 9.099/ 95[24].

A toda evidência, laborou o legislador ordinário em indevida restrição do texto constitucional, cujos princípios e valores reitores da norma esculpida no art. 98, I, foram inegavelmente bitolados por uma interpretação impregnada de ideais punitivos, típicos do sistema penal e processual penal tradicional[25].

A Constituição da República ao tratar dos Juizados Especiais Criminais em momento nenhum restringiu as hipóteses de conciliação aos delitos de ação penal privada e pública condicionada, tal como seria compatível com a tradicional teoria geral do processo penal. Ao revés, o Texto Maior expressamente dispõe que as *"infrações de menor potencial ofensivo"*, indistintamente, serão objeto de *"conciliação, julgamento e execução"* perante os Juizados Especiais Criminais, *"permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau"*.

Como se pode observar, apenas as hipóteses de *transação penal* – por constituir esta verdadeira pena criminal e, portanto, estar submetida ao princípio da reserva legal – poderiam ser delimitadas pelo legislador ordinário, mas nunca os casos de *conciliação*, que estariam sempre admitidos, desde já, *ex vi legis*, pelo próprio legislador constituinte. É essa, aliás, a linha seguida pelos Juizados Especiais Cíveis, onde apenas as causas passíveis de serem solucionadas por meio da conciliação foram admitidas na competência da nova Justiça especial, tudo para que não se desnaturasse o sistema instituído pela Lei Fundamental[26]. Neste caso, nas competências do Juizado Especial Cível foram admitidas apenas as causas que se ajustassem ao ideal conciliador imposto pela Constituição da República; as demais, por incompatíveis com o novo sistema, não puderam ser consideradas pelo legislador infraconstitucional como *"causas cíveis de menor complexidade"*.

No âmbito penal, por óbvio, igual solução não seria possível, pois até mesmo os mais insignificantes[27] tipos penais são considerados de ação penal pública incondicionada pelo legislador. Na verdade, como tivemos oportunidade de afirmar anteriormente, a regra para as condutas tipificadas como criminosas é a da ação penal pública incondicionada, que só costuma ser excepcionada quando o bem jurídico afetado é de natureza muito íntima da vítima, de modo que uma intervenção estatal sem a sua aquiescência poderia trazer resultados sociais ainda mais desastrosos. Basta ler o totalitário Decreto-lei nº 3.688/ 51 para que se tenha exata noção do que se diz aqui. Todas as contravenções penais ali previstas são de ação penal pública incondicionada, por força do disposto

---

[24] Em igual sentido, o comentário de Maria Lúcia Karam: *"A composição civil disciplinada na Lei 9.099/ 95 dá a um antecipado reconhecimento da obrigação de indenizar o efeito de impedir a propositura da ação penal condenatória, na hipótese de alegada infração penal de menor potencial ofensivo identificável em fato igualmente configurador do ilícito civil. E, tese, um tal efeito poderia estar a apontar para um protagonismo do ofendido. No entanto, a Lei 9.099/95 quase nada avança neste sentido, pois, conforme ali regulado, a composição só recebe aquele efeito nas escassas hipóteses em que a demanda veiculadora da pretensão punitiva devesse ser apresentada em ação penal condenatória de iniciativa do ofendido ou condicionada a representação por ele formulada"* (*in Juizados Especiais Criminais: a concretização antecipada do poder de punir*. São Paulo: Editora RT, 2004. p. 49).

[25] Na verdade, até mesmo quando tratou da hipótese de conciliação entre as partes, não conseguiu o legislador ordinário se despir do ranço punitivo do sistema criminal tradicional, prevendo como única hipótese de acordo a composição civil dos danos. Ocorre que, conforme ensinam os estudiosos dos modelos conciliatórios, o que se busca por meio dessa alternativa ao modelo punitivo é a restauração da harmonia social e não a reparação de eventos danosos que uma ou outra parte possa ter sofrido. Neste caso, a eventual reparação do dano é apenas um dos possíveis meios para se atingir o fim último da conciliação, e nunca o único deles. Sobre o assunto, precisa é a lição de Jean-Pierre Bonafé-Schmitt: "Em matéria de mediação penal, a reparação não se confunde com a indenização e não deve ser perseguida apenas como uma sanção, mas como uma forma de reinserção dos envolvidos na comunidade. Se não houver mudança de paradigma, a mediação continuará sendo apenas uma das modalidades de coerção pública e as hipóteses de reparação não representarão mais que uma simples sanção acessória no rol dos procedimentos penais tradicionais" (*in La mediation pénale en France et aux États-Unis*. Paris: Réseau Européen Droit et Société, 1998. p. 19; assim como a de Mireille Delmas-Marty: *"O processo de mediação, nesse sentido, é mais flexível, pois o essencial é que se chegue ao acordo, à reconciliação. Certamente, esta pode ser facilitada por uma reparação prévia do dano, mas distingue-se dela já que pressupõe necessariamente o acordo de todas as pessoas implicadas, vítimas e delinqüentes, diferentemente da variante civil (...). Na mediação, a reparação não é senão um meio, já que seu objetivo primordial – mais ambicioso, sem dúvida – é o de restaurar a harmonia pela reconciliação daqueles que são, no processo clássico, civil ou penal, as 'partes adversas'."* (*in Os grandes sistemas de política criminal*. Baueri/ SP: Manole, 2004. p. 174). Exatamente por isso, não é raro – mas, ao contrário, muito comum – que nos Juizados Especiais Criminais sejam formulados acordos que em nada se assemelham à composição civil dos danos – que muitas vezes sequer existem –, de modo a solucionar a controvérsia penal e, conseqüentemente, ver declarada extinta a punibilidade da conduta tida por criminosa.

[26] Como notou com percuciência Cândido Rangel Dinamarco, mesmo na cláusula de abertura constante do art. 58, da Lei nº 9.099/ 95, que confere aos Estados a faculdade de estender a possibilidade de conciliação a causas não abrangidas pelas competências fixadas no art. 3º, daquele mesmo diploma legal, está ínsita a idéia de que os Juizados Especiais Cíveis não poderão ser palco de questões envolvendo direitos indisponíveis, devendo tais controvérsias serem solucionadas pela Justiça comum: *"Para que possa haver conciliação entre as partes é necessário que se trate de interesse jurídico-substancial disponível e por isso, tal como ocorre na conciliação que se procura no processo civil comum, ela só se admite 'quando a causa versar sobre direitos disponíveis' (CPC, art. 331). Como é só nessas hipóteses que poderá haver as concessões que caracterizam a transação (CC, art. 1.035), segue-se que fora delas a conciliação é inadmissível e, conseqüentemente, o legislador estadual não poderá levar tão longe a faculdade que lhe confere o art. 58 da Lei das Pequenas Causas"* (*in Manual dos Juizados Cíveis*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 68).

[27] Por definição, contravenção penal é aquela infração penal de tão pouca monta que sequer pode ser considerada como crime ou delito propriamente. Não há, portanto, diferença substancial entre crime e contravenção, podendo-se dizer, juntamente com Heleno Cláudio Fragoso, que *"esta constitui apenas a infração penal de menor gravidade, caracterizando-se pela pena cominada ao fato"* (*in Lições de direito penal, a nova parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 141).

no art. 17, do referido diploma legal. Assim, a menos que a Lei nº 9.099/95 tivesse deixado de fora do rol das infrações penais de menor potencial ofensivo as contravenções penais – o que também levaria à sua inconstitucionalidade, só que por violação ao princípio da razoabilidade –, não haveria como impedir a quebra do sistema processual penal tradicional, ao admitir-se que também os delitos considerados de ação penal de iniciativa pública incondicionada fossem passíveis de conciliação.

Desta forma, não tendo a Constituição da República restringido as hipóteses de conciliação nos Juizados Especiais Criminais, não poderia o legislador infraconstitucional fazê-lo, sob pena de afrontar o próprio texto constitucional. Daí porque legítimo o entendimento adotado pelos magistrados fluminenses, no sentido de reconhecer os acordos formulados entre autor e vítima direta de delitos de ação penal pública incondicionada como causa extintiva da punibilidade, uma vez que esta é a única interpretação compatível da Lei nº 9.099/ 95 com o disposto no art. 98, I, da Lei Maior.

A dificuldade, no entanto, surge quando se passa a analisar os delitos não expressamente abrangidos pelo enunciado nº 30.1, ou seja, aqueles de ação penal pública incondicionada onde não exista vítima direta ou quando o sujeito passivo for o próprio Estado.

Como ensina De Plácido e Silva[28], vítima é toda pessoa *"que é sacrificada em seus interesses, que sofre um dano ou é atingida por qualquer mal"*. Na linguagem penal, o termo *"designa o sujeito passivo de um delito ou de uma contravenção. É assim, o ofendido, o ferido, o assassinado, o prejudicado, o burlado"*. Isso posto, vítima e sujeito passivo do delito ou contravenção são expressões sinônimas na doutrina penal, de modo que para se verificar se um crime específico possui, ou não, *vítima direta* é preciso analisar qual o bem jurídico tutelado[29] pela norma incriminadora e, conseqüentemente, quem seria seu titular.

A expressão *"vítima direta"* adotada no enunciado em comento decorre da noção doutrinária de que todos os delitos atingem, em maior ou menor escala, interesses públicos, de modo que o Estado é sempre, em alguma medida, sujeito passivo da infração cometida[30]. No entanto, algumas condutas criminosas atingem interesses exclusivamente estatais, não havendo que se falar em sujeito passivo particular, ainda que o Poder Público esteja *presentado*[31] por algum agente seu no momento da infração. É o que ocorre, por exemplo, nos crimes praticados por particular contra a administração em geral, onde por vezes o agente pratica a conduta criminosa contra determinado agente público, mas o bem jurídico afetado não pertence a este, mas sim ao Estado, de modo que apenas ele pode ser considerado vítima para fins penais. Há ainda os delitos classificados por alguns autores como vagos, em razão do bem jurídico não pertencer a nenhuma pessoa especificamente, mas a toda coletividade, de modo que também aqui não haveria que se falar em *vítima direta*.

Nestes casos, não havendo sujeito passivo particular (vítima direta), pergunta-se: como dar efetividade ao dispositivo constitucional que privilegiou a solução conciliatória para todas as infrações de menor potencial ofensivo, indistintamente?

Boa parte da doutrina responde a esta pergunta indicando a transação penal exatamente como a forma de conciliação entre o Estado e o suposto autor do fato, acenando, inclusive, para a circunstância de ter sido o princípio da obrigatoriedade mitigado pelo legislador ordinário, uma vez que teria dado ao Ministério Público o poder de decidir quanto ao exercício da ação penal e a formalização de um "acordo" para a imediata aplicação de pena não privativa de liberdade[32]. Alguns autores chegam mesmo a utilizar a expressão "transação penal" como sinônimo de *"conciliação entre o Ministério Público e a defesa"*[33].

---

[28] Vocabulário Jurídico, vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1963. p. 1.662.

[29] Utilizamos a expressão *"bem jurídico tutelado"* em razão de sua maior aceitação doutrinária. No entanto, a rigor, entendemos que o direito penal não tem o condão de tutelar bens jurídicos, mas apenas de servir como instrumento de limitação do poder punitivo estatal. Seguimos, neste ponto, a lição de Juarez Tavares: *"Deve-se concluir, então, que a noção de bem jurídico não pode ser posta como legitimação da incriminação, mas como sua delimitação, daí seguindo, no dizer de DOHNA, a necessidade de que seja determinado com precisão para que possa servir de barreira diante da intencionalidade e da vacuidade"* (*in Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2002. p. 202). Desta forma, ao invés de falar-se em *"bem jurídico tutelado"*, parece que o mais correto seria dizer *"bem jurídico limitador"*.

[30] Sobre o tema, pela clareza e precisão, destaca-se a lição de Heleno Cláudio Fragoso ao tratar dos crimes praticados por funcionários contra a administração em geral: *"É bem de ver que o Estado é sempre o sujeito passivo primário de todos os crimes, pois o direito penal é direito público, que somente tutela interesses particulares, pelo reflexo que sua violação acarreta ao corpo social. A lei penal tutela, em primeiro lugar, o interesse da ordem jurídica geral, de que é titular o Estado. Todavia, o que na doutrina se considera sujeito passivo é o titular do interesse imediatamente ofendido pela ação delituosa ou do bem jurídico particularmente protegido pela norma penal, ou seja, o sujeito passivo* particular *ou* secundário. *Em certos crimes não há sujeito passivo particular (ex.: ultraje público ao pudor). Há crimes, porém, como o que ora estudamos, em que o próprio Estado aparece como sujeito passivo particular, pois a ele pertence o bem jurídico diretamente ofendido pela ação incriminada"* (*in Lições de direito penal, parte especial, vol. II*. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 411).

[31] O termo é elucidativo da situação sugerida. Nestas hipóteses, o agente público não apenas representa a pessoa de direito público a que está vinculado, mas realmente age como se ela mesma estivesse ali personificada (presente). Daí porque cunhou Pontes de Miranda o termo *"presentação"*, exatamente para designar a atuação do agente público como órgão estatal, *"de tal modo que quando o agente que o compõem manifesta sua vontade, é como se o próprio Estado o fizesse"* (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Editora Atlas, 2000. p. 410).

[32] *"Com a transação, adotou-se o princípio da discricionariedade regrada, com a mitigação do princípio da obrigatoriedade. Em suma, permanece o princípio da obrigatoriedade, mas no tocante às infrações de menor potencial ofensivo, se presentes os pressupostos, não deve o promotor acusar e sim propor a solução consensual do art. 76. Abriu-se a ele nova alternativa"* (FERNANDES, Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional. São Paulo: Editora RT, 2002. p. 215).

[33] É o caso do professor paulista Antônio Scarance Fernandes (Ob. cit., p. 213).

De nossa parte, em que pese a importância dos autores que defendem tal entendimento, acreditamos que se está aí confundindo institutos diversos.

Não há dúvidas de que a Constituição da República abriu, através da regra contida em seu art. 98, I, as portas do sistema jurídico-penal brasileiro ao modelo consensual. No entanto, nem tudo o que está ali expresso corresponde necessariamente a este mesmo modelo, e foi exatamente por isso que o legislador constituinte optou por lançar mão de termos diversos para designar os diferentes institutos da *conciliação* e da *transação*.

Como já visto anteriormente, ao tratar da *conciliação*, a Constituição da República não deixa qualquer espaço interpretativo para o legislador ordinário, de modo que sempre caberá conciliação nas hipóteses de infrações de menor potencial ofensivo levadas a conhecimento dos Juizados Especiais Criminais. Por outro lado, ao dispor sobre a *transação*, expressamente condicionou o legislador constituinte sua aplicação às hipóteses previstas em lei formal, ou seja, submeteu a aplicação daquele instituto ao princípio da reserva legal.

E nem poderia ser diferente. Conforme posteriormente regulamentado pelo legislador ordinário, a transação penal importa em aplicação de pena (criminal) restritiva de direitos ou multa (art. 76, da Lei nº 9.099/ 95), sendo imperativo, por força do disposto no art. 5º, XXXIX, da própria Constituição da República, que sua imposição pelo Estado esteja previamente prevista em lei formal.

Diante da clareza normativa e do inegável caráter aflitivo da sanção imposta – ainda que precedida por desproporcional negociação[34] –, não há como deixar de enxergar a transação penal como verdadeira sanção criminal e, por conseguinte, a decisão que homologa o "acordo" firmado entre o Ministério Público e o suposto autor do fato como sentença condenatória.

E se assim é, importa reconhecer que já não estamos mais (ultrapassada a possibilidade de conciliação) seguindo o modelo consensual próprio da justiça criminal restaurativa, mas sim, de novo, inserto no vetusto ideal punitivo da justiça criminal retributiva. A partir desse ponto, ao invés de buscar medidas alternativas ao direito penal, conseguiu o legislador mais uma vez ampliar o espectro de incidência do poder punitivo, distanciando-se dos ideais iluministas de intervenção mínima e *ultima ratio* e aderindo integralmente ao paradigma capitalista de maior efetividade com economia de meios[35].

Sendo assim, impossível tratar a transação penal como sendo uma conciliação entre Ministério Público e autor do fato, de modo a responder a indagação acima formulada. Ao contrário, na esteira do que ensina Afrânio Silva Jardim, entendemos que *"quando o Ministério Público apresenta em juízo a proposta de aplicação de pena não privativa de liberdade, prevista no art. 76 da Lei nº 9.099/ 95, está ele exercendo a ação penal, pois deverá, ainda que de maneira informal e oral – como a denúncia – fazer uma imputação ao autor do fato e pedir a aplicação de uma pena, embora esta aplicação imediata fique na dependência do assentimento do réu. (...) Entendendo o fenômeno processual desta forma, fica fácil compreender como o Juiz está autorizado a aplicar a pena aceita pelo réu. Não há violação do princípio* nulla poena sine judicio. *Existe ação penal, jurisdição e processo. Este é o devido processo legal"*[36].

A mitigação do princípio da obrigatoriedade, portanto, não está no momento do oferecimento da transação penal. Aqui, mais uma vez recorrendo à lição de Afrânio Silva Jardim (1996), *"o sistema que se depreende da referida Lei nº 9.099/95 não rompe com o tradicional princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal pública condenatória, mas apenas outorga ao Ministério Público a faculdade jurídica de exercer uma espécie de ação"*[37].

De fato, não há como se depreender do sistema trazido pela Lei nº 9.099/ 95 qualquer rompimento com o princípio da obrigatoriedade. Afinal, já ficou claro que o legislador infraconstitucional usurpou as funções de constituinte ao deixar de aplicar a solução conciliatória a todos os casos de competência do Juizado Especial

---

[34] Negociação que é sempre formulada, *"no dizer de Mario Cattaneo, entre quem tem 'a faca e o queijo na mão' (a acusação) e quem substancialmente teme uma chantagem (o réu). Decerto, a 'chantagem' claramente surge nas ameaças, para quem se nega a negociar, de um tratamento mais rigoroso, de uma pena mais severa, do risco de um cálculo errado, do estrépito que se anuncia avir do processo regularmente desenvolvido até o julgamento"* (KARAM, Maria Lúcia. Juizados Especiais Criminais: a concretização antecipada do poder de punir. São Paulo: Editora RT, 2004. p. 39).

[35] É o que nota, com percuciência, Maria Lúcia Karam, que se nega a engrossar as fileiras daqueles que se entusiasmaram com o pseudo caráter libertário da nova lei: *"O procedimento abreviado, visando obter a definição antecipada do processo com a consentida submissão à pena, vem atender a esta economia, permitindo que o agigantado sistema penal melhor distribua seus recursos disponíveis para o fim de responder às exigências de sua expansão: mais penas se impõem – já que eliminada a resistência do réu que poderia resultar na absolvição – e de forma mais econômica, sem gasto de tempo e de atividades que seria consumido pelo curso normal do processo. No Brasil, não muito tempo depois da criação dos juizados especiais criminais, já se percebia esta 'economia' funcional ao agigantamento do sistema penal. Em matéria publicada na imprensa em 1997, registrava-se que a criação dos juizados especiais criminais havia aumentado significativamente a imposição de penas alternativas no país, mas não implicara redução da população carcerária. Um dos entrevistados, embora entusiasta do suposto caráter liberalizante da Lei 9.099/95, reconhecia que as punições haviam aumentado sobre uma população de infratores, que antes não recebia punição efetiva. Era a constatação, no Brasil, no pouco tempo de aplicação da então nova lei, do que Pavarini menciona como 'ampliação da rede do controle penal, para inclusão na área da criminalização secundária do que, de fato, antes lhe escapava"* (Ob. cit., p. 38).

[36] *In Os princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade da Ação Penal Pública nos Juizados Especiais Criminais*. Revista do Ministério Público, Rio de Janeiro, nº 4, jul./dez. de 1996. p. 33.

[37] Ob. cit. p. 34.

Criminal. Na verdade, o rompimento com o princípio da obrigatoriedade foi realizado pela própria Constituição da República em seu art. 98, I, ao estatuir que todas infrações de menor potencial ofensivo serão passíveis de conciliação, sejam elas de ação penal privada, pública condicionada, pública incondicionada com vítima direta ou até mesmo pública incondicionada sem vítima particular determinada.

Não sendo possível confundir *conciliação* com *transação*, entende-se que também as hipóteses não expressamente incluídas no enunciado nº 30.1 devem ser submetidas, *ab initio*, ao modelo de justiça criminal restaurativa imposto pela Constituição aos Juizados Especiais Criminais. Neste caso, a conciliação, por não ser um particular o titular do bem jurídico tutelado, deverá ser feita entre o Ministério Público (presentante do Estado e substituto processual para a defesa dos interesses difusos) e o suposto autor do fato, sendo vedada, contudo, a aplicação de qualquer sanção criminal neste momento. Somente ultrapassada a fase conciliatória, entendendo o Ministério Público que o poder punitivo deve, efetivamente, ser exercido, é que se poderá cogitar de transacionar com o autor do fato sobre a aplicação de pena não privativa de liberdade, mas aí já estará o Estado no exercício do direito de ação penal[38].

V – Conclusão

Entendendo ser importante buscar fundamentos técnicos para as práticas jurídicas que se multiplicam entre os operadores do direito na sua tarefa diária de distribuição da justiça, de modo a evitar que decisões judiciais tenham por fundamento de validade apenas o hábito de serem cotidianamente repetidas, e não as regras e princípios que formam o ordenamento em vigor, concluímos que:

1. Há no ordenamento jurídico instituído pela Constituição da República de 1988 dois sistemas diversos e contrapostos de solução das controvérsias penais: um de cunho retributivo e outro de cunho restaurativo;

2. A Constituição da República, por força dos objetivos fundamentais indicados no art. 3º, adotou o sistema restaurativo como meta a ser perseguida pelo legislador e pelos operadores do direito, de modo que o tradicional sistema penal e processual penal retributivo deve ser progressivamente aberto às alternativas conciliatórias e pacificadoras de solução das controvérsias;

3. Os Juizados Especiais Criminais, com o regramento constitucional que receberam, adotaram, prioritariamente, o modelo restaurativo para todas as infrações penais de menor potencial ofensivo, independentemente de serem elas de ação penal privada, pública condicionada ou incondicionada;

4. Diante da redação do art. 98, I, da CR, todas as infrações penais de menor potencial ofensivo, sejam elas de ação penal privada ou pública, condicionada ou não à representação do ofendido, admitem conciliação entre os envolvidos no conflito;

5. Os institutos da conciliação e da transação, previstos no art., 98, I, da CR, não se equivalem, sendo apenas o primeiro deles compatível com o sistema criminal restaurativo, de modo que a transação penal não pode ser considerada forma de conciliação entre o Estado e o autor do fato;

6. A transação penal é o devido processo legal para a imposição antecipada da pena de multa ou restritiva de direitos no caso de infrações de menor potencial ofensivo, de modo que não há, neste ponto, mitigação ao princípio da obrigatoriedade;

7. A previsão constitucional no sentido da possibilidade de conciliação inclusive nas infrações de menor potencial ofensivo de ação penal de iniciativa pública incondicionada rompeu com o princípio da obrigatoriedade, podendo o Ministério Público dispor do poder punitivo, na qualidade de presentante do Estado, sempre que as circunstâncias do caso concreto revelem ser possível a solução do conflito sem a aplicação de pena, seja ela antecipada (transação penal) seja precedida de processo de conhecimento (condenação).

---

[38] Ainda que com outros fundamentos, a possibilidade do Ministério Público dispor da ação penal pública já foi defendida por Luiz Vicente Cernicchiaro, para quem: *"A Lei 9.099/95 rompeu, viu-se, com o princípio da indisponibilidade da ação penal. Adotou-se, sem dúvida, tese oposta. É possível, pois, o Ministério Público dela dispor. Nessa linha o arquivamento compreende hipóteses que por ausência de reprovabilidade significativa à conduta e ao resultado, o Promotor Público recomenda o silêncio ao processo penal. Exemplificativamente, caracterizada a insignificância do evento (independentemente de solucionar-se a divergência doutrinária se repercute na tipicidade, ou na culpabilidade). No mesmo sentido, a quase nenhuma censurabilidade ao autor do fato. A título de ilustração ainda: as partes interessadas, apesar do acontecido, reconciliaram-se. Do ponto de vista pessoal e social, o fato restou superado!"* (*in Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995: algumas observações*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, ano 4, nº 13, janeiro-março, 1996. p. 120).

019

CONCURSO DE INFRAÇÕES DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO ENTRE SI E A PERMANÊNCIA DO FEITO NO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL

Suzane Maria Carvalho do Prado[1]

Promotora de Justiça/PR

RESUMO: Com a edição da Lei 11.313/2006 restou positivado que em caso conexão ou continência de infrações de menor potencial ofensivo com crimes de competência da Justiça Comum ou do Tribunal do Júri, os processos serão reunidos nestes últimos, observados a transação penal e a composição de danos civis. Ou seja, caso trate de concurso de delito de menor potencial ofensivo entre si, não se tem porque afastar a competência constitucionalmente fixada dos Juizados Especiais Criminais (artigo 98, I, CF), encaminhando o feito para a Justiça Comum, como reiteradamente tem decidido o Superior Tribunal de Justiça com o argumento de que se o "somatório das penas cominadas *in abstracto* for superior a dois anos, tais crimes, que isoladamente seriam considerados de menor potencial ofensivo, deixam de sê-lo". Primeiro, porque no concurso (puro) de delitos de menor potencial ofensivo o que vai se ter é um conjunto de pequenos delitos e não uma alteração na natureza de cada um deles. Segundo, porque observada a parte final do parágrafo único, do artigo 60 da Lei 9099/95, quanto à transação e a composição dos danos civis, no Juízo Comum, criar-se-ia uma situação verdadeiramente de crise, em casos concretos, como se expõe no corpo do trabalho. Pretende-se com este breve arrazoado, demonstrar (se não convidar) para a necessidade de uma releitura do entendimento do S.T.J., mantendo no Juizado Especial Criminal o processo e julgamento das infrações de menor potencial ofensivo quando cometidas em concurso entre si.

PALAVRAS-CHAVE: infração de menor potencial ofensivo. Competência. Juizado Especial Criminal. Lei 11.313/2006.

I – Infrações de Menor Potencial Ofensivo. Competência

Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo os crimes e contravenções penais que tenham como pena máxima prevista em Lei 02 anos, cumulada ou não com multa (artigo 61, Lei 9099/95).

Para estas infrações de menor potencial ofensivo, a Constituição Federal determinou, no artigo 98, I, que fossem criados "*juizados especiais (...)* competentes para [seu] a *conciliação, o julgamento e a execução*". Veio a Lei 9099/95 para regular a matéria.

Pode-se, assim, afirmar que a competência para processo e julgamento dos crimes de menor potencial ofensivo tem assento constitucional e é legalmente excepcionada, num primeiro momento, nas seguintes hipóteses:

a) em casos de conexão ou continência com crimes de competência do Juízo Comum ou do Tribunal do Júri (artigo 60, parágrafo único), oportunidade na qual fica, ainda, assegurado ao infrator a aplicação dos benefícios processuais da Lei dos Juizados;

b) quando o infrator não for localizado para a citação pessoal (artigo 66, parágrafo único, da Lei dos Juizados);

c) sendo o caso complexo ou com circunstâncias especiais que não permitam a formulação da denúncia no Juízo de origem (artigo 77, § 2º, da Lei 9099/95).

[1] Promotora de Justiça no Estado do Paraná, titular da 2ª Promotoria de Justiça da comarca de Ponta Grossa; Especialista em Direito Contemporâneo e suas Instituições Fundamentais pela PUC-PR e em Direito Penal Econômico pela Universidad Castilla-La Mancha, Espanha e Mestranda em Direito pela PUC-PR.

Afora isto, sem disposição expressa de Lei, a subtração da competência do Juizado Especial Criminal, em nosso sentir, é contrária à disposição constitucional e, portanto, macula de nulidade do feito (artigo 69, III c/c 564, I, ambos do Código de Processo Penal).

II – Competência para processo e julgamento de infrações de menor potencial ofensivo. Efeito da Lei 11.313/2006

Não se ignora a voz corrente que se apega ao entendimento do S.T.J. de que no concurso de infrações de menor potencial ofensivo entre si, é a soma das penas que determina a competência para processo e julgamento e não o limite estabelecido no conceito legal (artigo 61 da Lei 9099/95).

> 2. É pacífica a jurisprudência desta Corte de que, no caso de concurso de crimes, a pena considerada para fins de fixação da competência do Juizado Especial Criminal será o resultado da soma, no caso de concurso material, ou a exasperação, na hipótese de concurso formal ou crime continuado, das penas máximas cominadas aos delitos; destarte, se desse somatório resultar um apenamento superior a 02 (dois) anos, fica afastada a competência do Juizado Especial[2].

Todavia, não mais se pode aderir ao mesmo.

É certo que o Direito não é estático, de modo que firmado um entendimento pelo Tribunal Superior a ele se deve obediência cega dali para a eternidade.

Com o advento da Lei 11.313, de 28 de junho de 2006[3], salvo engano, restou esclarecido (se bem que nas entrelinhas) que somente quanto houver concurso de infrações entre *delitos de menor potencial ofensivo* e outros de competência da Justiça comum ou do Tribunal do Júri é que ficará afastada a competência do Juizado Especial Criminal (mesmo assim, mantidas as benesses da lei especial para o infrator)

> Art. 60. O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência.
> Parágrafo único. Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrentes da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis. (sem grifos no original)

Ou seja, em se tratando de concurso crimes de menor potencial ofensivo *entre si*, não há Juízo atrativo (pelo somatório das penas) e, portanto, o feito deve permanecer no Juizado Especial Criminal. É uma releitura necessária do entendimento do Superior Tribunal de Justiça com a edição da Lei 11.313/2006.

O fato de infrações de menor potencial ofensivo serem cometidas em concurso entre si não retira sua natureza de "infração de menor potencial ofensivo". E, portanto, não podem ser processadas e julgadas por outro Juízo que não aquele constitucionalmente previsto: o Juizado Especial Criminal.

Neste sentido já deliberaram os Promotores de Justiça do Rio Grande do Sul, no II Encontro Criminal realizado em 2006.

> EMENTA 171
> A prática de delitos de menor potencial ofensivo em concurso formal, material ou em continuidade, não retira dos delitos sua característica de menor potencial ofensivo, não transferindo a competência do julgamento para o juízo comum.

---

[2] STJ - Processo CC 101274 / PR; CONFLITO DE COMPETENCIA 2008/0261931-6; Relator(a) Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO (1133) ; Órgão Julgador S3 - TERCEIRA SEÇÃO Data do Julgamento 16/02/2009 Data da Publicação/Fonte DJe 20/03/2009
Ementa - CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA COMUM E JUIZADO ESPECIAL. RESISTÊNCIA À PRISÃO (ART. 329 DO CPB) E CONTRAVENÇÃO DE PERTURBAÇÃO DA TRANQUILIDADE (ART. 65 DO DECRETO-LEI 3.688/41). CONCURSO DE CRIMES. COMPETÊNCIA DEFINIDA PELA SOMA DAS PENAS MÁXIMAS COMINADAS AOS DELITOS. JURISPRUDÊNCIA DESTE STJ. PARECER DO MPF PELA COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE DIREITO. CONFLITO CONHECIDO, PARA DECLARAR A COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE DIREITO DA 3A. VARA CRIMINAL DE PONTA GROSSA/PR, O SUSCITADO. (disponível em www.stj.jus.br, consultado em 30.04.2009 – sem grifos no original)

[3] Altera os arts. 60 e 61 da Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995, e o art. 2o da Lei no 10.259, de 12 de julho de 2001, pertinentes à competência dos Juizados Especiais Criminais, no âmbito da Justiça Estadual e da Justiça Federal.

Valendo-se do artigo 119 do Código Penal[4], por analogia,no III Encontro Estadual de Magistrados de Juizados Especiais Cíveis e Criminais, realizado em maio de 2006 e no XIX Encontro Estadual de Juizados Especiais Cíveis e Criminais, realizado em outubro de 2007, no Estado de Aracaju/SE, restou firmado que "no caso de concurso de crimes (material ou formal), o mesmo entendimento foi esposado.

> "No caso de concurso de crimes (material ou formal) e continuidade delitiva, as penas serão consideradas isoladamente para fixação da competência (Aprovado no XIX Encontro – Aracaju/SE) (Enunciado n°80)"

Sem querer enfrentar moinhos de vento, fato é que não se pode curvar a um entendimento sedimentado, quando da evolução legislativa, sem questionar suas bases. O que levou o S.T.J a desconsiderar o artigo 98, I da Constituição Federal c/c 61 da Lei 9099/95 quando dispôs que o concurso de infrações de menor potencial ofensivo com o *somatório* das penas superior ao 02 anos determina a remessa ao Juízo Comum?

Um dos primeiros acórdãos que se tem, confiando à Justiça Comum o julgamento dos delitos de menor potencial ofensivo em concurso, é de lavra do Ministro José Arnaldo da Fonseca, 5ª Turma, e foi fruto do julgamento do Recurso Especial 575336 / SC em 01.04.2004[5].

> Processo REsp 575336 / SC; RECURSO ESPECIAL 2003/0150418-9; Relator(a) Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA (1106); Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA; Data do Julgamento 01/04/2004; Data da Publicação/Fonte DJ 03/05/2004 p. 208
> Ementa - PENAL. RECURSO ESPECIAL. INCOMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. CONCURSO DE CRIMES. SOMATÓRIO DAS PENAS COMINADAS IN ABSTRACTO SUPERIOR A DOIS ANOS.
> Para solução do caso em questão, deve ser adotado como fundamento, pelas mesmas razões, o critério utilizado para solucionar a aplicabilidade ou não do benefício da suspensão do processo, quando há concurso de crimes, e o somatório das penas cominadas in abstracto for superior a dois anos.
> Havendo concurso de crimes ou continuidade delitiva e o quantum do somatório das penas cominadas in abstracto for superior a dois anos, tais crimes, que isoladamente seriam considerados de menor potencial ofensivo, deixam de sê-lo, o que retira a competência do Juizado Especial Criminal.
> Recurso conhecido e provido, para declarar a incompetência do
> Juizado Especial Criminal e determinar a remessa dos autos à C. 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.
> Acórdão - Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Jorge Scartezzini. (sem grifos no original)

E o fundamento de que se valeu o Ministro Relator para afastar a competência constitucional do Juizado Especial Criminal foi a de que, se cometidos em concurso, os crimes não poderiam ser considerados isoladamente (como de menor potencial ofensivo que são), desnaturando-se de sua lesividade mínima para serem tratados no Juízo comum[6].

Em admitindo esta argumentação, obrigatoriamente seria de se afastar dos delitos de menor potencial ofensivo, cometidos em concurso, a aplicação do artigo 119 do Código Penal quando da análise da prescrição no caso concreto. Porque, se não podem ser tratados isoladamente para fins de competência (que é constitucional), por que o poderiam quando da análise da prescrição ? (com o mesmo olhar – de que a prática de vários delitos de

---

[4] **Art. 119** - No caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

[5] Disponível no site www.stj.jus.br, consultado nesta data.

[6] Extraído do corpo do acórdão: "Assim sendo, havendo concurso de crimes ou continuidade delitiva e o quantum do somatório das penas cominadas in abstracto for superior a dois anos, tais crimes, que isoladamente seriam considerados de menor potencial ofensivo, deixam de sê-lo, o que retira a competência do Juizado Especial Criminal. Ante o exposto, conheço e dou provimento ao recurso, para declarar a incompetência do Juizado Especial Criminal e determinar a remessa dos autos à C. 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina."(disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=1135534&sReg=200301504189&sData=20040503&sTipo=51&formato=PDF, consultado em 30.04.2009, sem grifos no original)

menor potencial ofensivo fariam deles um crime de médio ou grande potencial ofensivo a ser julgado pela Justiça comum, poderia se dizer que uma turma de anões não é uma turma de anões. E sim, pela soma de todos os anões, um homem de estatura média ou grande)

Salvo engano, e com o esclarecimento que deu a edição da Lei 11.313/2006, colocando os delitos de menor potencial ofensivo fora de seu "lar natural" quando em concurso com crimes da competência do Juízo comum e do Tribunal do Júri, não pode prevalecer o entendimento anterior.

Necessário, pois, arregaçar as mangas e partir em busca da melhor interpretação da norma para assegurar ao cidadão que seja, quando for o caso, processado e julgado no juízo e com o procedimento constitucionalmente estabelecidos.

III – Efeitos práticos da não observância da competência constitucional do Juizado Especial Criminal em caso de concurso puro de infrações de menor potencial ofensivo

Em termos práticos, com a Lei 11.313/2006, no caso de concurso de delitos de menor potencial ofensivo entre si, a aplicação indiscriminada do entendimento jurisprudencial vigente, acarreta (a) ignorar a aplicação da norma mais benéfica ao acusado, (b) leva ao esvaziamento indevido da competência do Juizado Especial e, por conseqüência, (c) passa ao Juízo Comum a tarefa de aplicar os benefícios da Lei 9099/95 aos acusados, podendo criar situações incompatíveis, se não, teratológicas.

Vejamos: não é incomum no atendimento da ocorrência de um crime de ameaça, no mesmo contexto, ser praticado o crime de desacato contra os policiais que atenderam a ocorrência (concurso material). Há conexão que justifique o deslocamento para o Juízo comum? Talvez, mas rara e não obrigatoriamente, seja o caso de conexão instrumental e probatória.

Se o deslocamento de competência se der, é por conta, tão-somente, do somatório das penas dos delitos em concurso, por ultrapassar 02 anos. Recebendo e processando o feito, o Juízo Comum corre o risco de se tornar uma "filial" do Juizado Especial Criminal, porque, obrigatoriamente, devem ser aplicados os institutos da transação penal e da composição dos danos civis!!! E o que disto pode advir?

Uma situação teratológica, na qual, depois de aplicado um instituto da Lei 9099/95, não se terá mais competência para processamento do crime residual, que carecerá de oferecimento da denúncia.

Tome-se a hipótese da prática de um crime de ameaça em concurso material com o crime de desacato , os quais, somadas as penas, excede ao limite do artigo 61 da Lei 9099/95 (dois anos).

Numa aplicação mecânica do precedente do STJ, recebido o termo circunstanciado no Juizado Especial Criminal, este se daria por incompetente (em razão da soma das penas) e encaminharia o procedimento ao Juízo Comum.

Neste, em fazendo jus o acusado do instituto de transação, obrigatoriamente irá aplicar, decerto que com relação à ameaça – o crime apenado mais brandamente. Que restará ? O crime de desacato. Como já houve transação em benefício do acusado, no crime de ameaça, a seqüência lógica seria o oferecimento da denúncia, pelo crime de desacato, com proposta de suspensão do processo (artigo 89, Lei 9099/95).

Pergunta-se: seria o Juízo Comum competente para receber a denúncia tão somente com relação ao crime de desacato ? Pensamos que não !

A Constituição Federal, no artigo 98, I, CF previu a criação dos juizados especiais (...) competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de (...) infrações penais de menor potencial ofensivo (...) nas hipóteses previstas em lei ... (sem destaque no original). A Lei 9099/95, com a alteração da Lei 10.259/2001 fixou 02 anos como pena máxima do delito a ser considerada e não excepcionou, em nenhum de seus artigos, a possibilidade de deslocamento de competência (que é constitucional) pelo fato de, se cometidos em concurso, o somatório da pena ultrapassar 02 anos.

Então, ao aceitar sem questionamento a posição anterior à Lei 11.313/2006, do Superior Tribunal de Justiça quanto ao deslocamento da competência ao Juízo Comum em caso de concurso de infrações de menor potencial ofensivo, estar-se-á criando numa situação de crise, na qual, depois de aplicado um instituto da Lei 9099/95, como no exemplo acima, não se terá mais competência para processamento do crime residual (desacato), que demandará de oferecimento da denúncia.

Tem-se, numa interpretação sistemática, com o advento da Lei 11.313/2006 que, em caso de concurso de crimes, não é o resultado puro e simples da soma das infrações que determinará o deslocamento para a Justiça comum.

Em se tratando de concurso de infrações de menor potencial ofensivo entre si, no Juizado Especial Criminal, de início, é de se ver se tem cabimento a aplicação dos institutos da transação ou da composição dos danos civis. Em caso positivo, analisar a situação do(s) delito(s) restante(s), se beneficiado, igualmente, com a alguma disposição da Lei 9099/95, como a suspensão do processo, p ex.

Aqui, faz-se necessária uma observação. Caberá a suspensão do processo até mesmo em mais de um crime no mesmo feito, desde que a soma das penas mínimas não ultrapasse a 01 ano. Este entendimento está sumulado pelo STJ – Súmula 243 . Ou seja, não obrigatoriamente o acusado deverá sofrer o ônus de todo o processo apenas

porque praticou mais de um delito de menor potencial ofensivo. Desde que a soma das penas mínimas não ultrapasse a um ano, não sendo o caso de transação, remanesce a possibilidade da suspensão nos termos do artigo 89 da Lei 9099/95.

Uma hipótese: caso, no mesmo processo se tenha a prática dos crimes de lesão corporal leve (detenção, de 03 meses a 01 ano), dos crimes de ameaça (detenção, de 1 a 6 meses ou multa) e desacato (detenção, de 6 meses a 2 anos e multa), cometidos por uma só pessoa, em concurso material, nada obsta, em nosso entender, à luz do disposto na Lei 11.313/2006, o processamento no Juizado Especial Criminal.

Pode ocorrer: (1) composição dos danos civis com relação ao crime do artigo 129, caput, do Código Penal, excluindo a possibilidade de representação e remanescendo (2) o crime de ameaça, no qual seria possível a transação e por fim (3) o crime de desacato, de menor potencial ofensivo, onde caberia a suspensão (pode-se cogitar, ainda, por ser mais benéfico ao réu, à luz da Súmula 243 do STJ, considerando que a soma das penas mínimas dos crimes de ameaça e desacato não ultrapassam um ano, oferecer a suspensão do processo, nos termos do artigo 89 da Lei 9099/95 em relação aos dois crimes, dispensando a transação).

Mesmo que não houvesse composição dos danos civis, e fosse mantida a representação para o crime do artigo 129, *caput*, do CP, (a) possível transacionar quanto à ameaça e (b) como a soma das penas mínimas dos crimes de lesão corporal leve e desacato não chegam a 01 ano, incide o artigo 89 da Lei 9099/95.

Ainda, não se pode olvidar que o Juizado Especial Criminal tem um rito processual específico (artigo 78 a 81 da Lei 9099/95). Então, não se vê óbice legal em um mesmo procedimento, operar-se a audiência do artigo 74, seguida daquela do artigo 76, se for o caso, com oferecimento da denúncia por crime residual.

Como se vê, a aplicação indiscriminada da remessa de autos do Juizado Especial Criminal para o Juízo Comum, sem a análise das possibilidades no caso concreto, pode levar à uma usurpação (forçada) de competência deste último que, instado a ficar com o feito, feita a transação no crime menor é obrigado a processar, pelo rito sumaríssimo (artigo 394, § 3º, CPP – com a inovação da Lei 11.719/2008) reservado ao Juizado Especial Criminal, uma infração que não é da sua competência.

Mais estranho seria devolver os autos ao Juizado Especial, depois de operada a transação, para processo e julgamento do crime de menor potencial ofensivo remanescente (!?!).

IV – CONCLUSÃO

Conclui-se, portanto, que no caso de concurso de crimes de menor potencial ofensivo, com a edição da Lei 11.313/2006, o feito não deve ser encaminhado ao Juízo Comum pelo mero somatório das penas.

É indeclinável que se faça a fundamentação do *porquê* não se pode aplicar os institutos devidos no Juizado Especial Criminal, de forma escalonada como prevê a Lei, crime a crime. Afora os casos previstos na própria Lei 9099/95, somente em casos excepcionais de concurso de crimes de menor potencial ofensivo com crime de médio, grave ofensividade ou crime hediondo , pode-se determinar o deslocamento da competência.

026

HABEAS CORPUS NÃO IMPETRADO POR ADVOGADO E A POSIÇÃO DO MP

Antonio Visconti

Procurador de Justiça/SP

Não raros seguem sendo os *habeas corpus* impetrados pelo próprio paciente ou por alguém não habilitado legalmente a postular em Juízo. Vez ou outra algum preso mais afeito aos meandros do processo penal e inteirado de posições dos tribunais em questões penais tomam a si essa tarefa e a desempenham a contento. Tal, porém, não é comum. Quase sempre a petição vem manuscrita, nem sempre com caligrafia inteligível e percebe-se alguma má vontade mal disfarçada do julgador, que evidentemente prefere examinar pretensões deduzidas consoante os cânones processuais.

A persistência dessa praxe atesta a invencível insuficiência da assistência judiciária aos presos, porquanto não raro trazem postulações pertinentes ou até clamam por se beneficiar de orientação jurisprudencial dominante em cortes superiores.

Ora, o Ministério Público teve historicamente importante papel no suprimento das necessidades de assistência judiciária. Quando a Justiça Trabalhista de 1º Grau estava restrita à Capital e aos centros maiores, ao Promotor de Justiça cabia a representação judicial do trabalhador, situação que perdurou pelo menos até os anos 70. Também nos acidentes do trabalho a lei conferia capacidade postulatória ao *parquet*, e outras hipóteses havia na lei em que a representação judicial da parte era confiada ao MP. Pode-se lembrar também a indenização civil *ex delicto*, a representação judicial dos ausentes, a interdição dos loucos furiosos. Atualmente o Ministério Público tem assumido a representação dos hipossuficientes na área da saúde.

Essa função anômala tende a se extinguir, sobretudo com a instituição da Defensoria Pública. Mas os quadros desta são absolutamente insuficientes para dar conta da assistência judiciária aos pobres. É o que se observa no Estado de São Paulo, em que convênio com a Ordem dos Advogados intenta suprir a deficiência.

O tema aqui tratado ilustra os obstáculos ainda não removidos à universalização da assistência jurídica, gênero de que a judiciária é espécie; conquanto não raro essas impetrações configurem pretensões desarrazoadas, essa não é a regra.

ATIVIDADE PREVENTIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DO PODER JUDICIÁRIO EM ORDEM A CONCRETIZAR DIREITOS PROCESSUAIS DOS HIPOSSUFICIENTES

Algumas providências simples, perfeitamente ao alcance de Juízes de Direito e de Promotores de Justiça contribuiriam significativamente para evitar a chegada desse tipo de impetração de *habeas corpus* aos e tribunais.

Praxe que clama por imediata abolição é a do controle meramente formal – ou nem isso – das comunicações de prisão em flagrante pela autoridade policial. Cota padrão do Promotor de Justiça – "flagrante formalmente em ordem, devendo ser mantida a prisão" – e despacho do Juiz de Direito no mesmo sentido. Olvida-se que a finalidade dessa comunicação, além de permitir se verifique enquadrar-se a situação em alguma das hipóteses legais de flagrância ou de quase-flagrância, é o exame da necessidade ou não, de a prisão subsistir, o que não se dá quando cabível liberdade provisória, com ou sem fiança.

Não se pretende, óbvio, que Promotores de Justiça e Juízes de Direito estabanem-se a propor ou determinar a liberação do preso em flagrante. Nem sempre a cópia do auto respectivo permite se afira satisfatoriamente a necessidade de se manter ou não, a custódia. Mas a partir da primeira intervenção do representante do Ministério Público nesse procedimento há de se iniciar essa verificação, no mais das vezes restrita à pesquisa dos antecedentes do preso. E isso independentemente de provocação deste, posto quase sempre ele procure se liberar do cárcere, pois privação de liberdade constitui estímulo poderoso a que o preso gaste o que tem e o que não tem na busca de sua recuperação. Naquelas situações, porém, em que desde logo se estadeie a desnecessidade de se manter a

prisão, ao Ministério Público incumbe postulá-la de imediato, inclusive se servindo do *habeas corpus* se desacolhida sua manifestação (claro que em ação sempre supletiva: se entrementes o preso requerer sua libertação, representado por Advogado, o Promotor de Justiça não se sobreporá à atuação deste).

Com isso se evitarão situações lamentáveis nas quais a prisão perdura exclusivamente porque o preso não teve como se dirigir ao Judiciário postulando sua libertação, que não são assim tão raras.

No particular deve ser observado que a não comprovação de paradeiro certo ou ocupação definida pelo preso, por si só não constitui indicativo da necessidade de prisão processual. Define nesta a presença dos requisitos da prisão preventiva; e escusado dizer que hão de ser indicados fatos concretos que mostrem exigir a garantia da ordem pública, a regularidade da instrução ou a aplicação da lei penal, para que a custódia se mantenha. Conquanto pareça óbvio este aspecto, vai se disseminando o vezo de repetir genericamente, permutando-se palavras, o texto legal, como se tal bastasse para privar algum de sua liberdade. Entre parênteses: se e quando pareça ao Promotor de Justiça necessária a subsistência da prisão em flagrante mas a decisão nesse sentido não indicar concretamente por que assim dispõe, cabe àquele se servir dos embargos de declaração e cobrar explícito pronunciamento judicial. A omissão dessas cautelas elementares acaba redundando em que perigosos delinqüentes obtenham a revogação da prisão processual porque tribunais superiores proclamam acertadamente a invalidade da decisão que a denegou.

Outra providência preventiva que tarda a se implantar é a de evitar a multiplicação de processos nas hipóteses de crime continuado ou em que este plausivelmente possa ser invocado pelo acusado. Deve-se cuidar de reunir os inquéritos e instaurar o menor número possível de processos, minorando a sobrecarga das pautas, ainda que ao preço de se mover um processo que demandará trabalho consideravelmente maior.

Além da redução do número de processos e da economia de atos processuais, evitar-se-á que penas por muitas ações penais se acumulem, chegando a total gritantemente desconforme com a gravidade dos delitos. Assim se prevenirá o surgimento de situações de injustiça e de sobrecarga ainda maior do sistema penitenciário. A antiga explicação de que na execução as penas se unificariam não tem procedência, dada a enorme sobrecarga de feitos à cargo dos advogados de assistência judiciária, sem vagares para cotejo minucioso de sentenças, objetivando o reconhecimento do delito continuado e a consequente adequação da pena à real responsabilidade do delinquente.

Este tema, porém, é de maior complexidade, pois mexe fundamente com as formas de atuação no Ministério Público na Justiça Criminal e pó si só justificaria a elaboração de uma outra tese. Fique consignado, porém, que a situação imperante se deve muito mais à comodidade de Promotores e de Juízes, não, ao interesse público e à busca da justiça. As disputas sobre competência exigem maior dispêndio de tempo que a elaboração de uma denúncia, tocar um processo tendo por objeto uma única infração é muito mais simples, mas não são estas considerações que podem dar fundamento a uma praxe tão viciosa e de tão difícil extirpação.

ANOTAÇÕES SOBRE A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM 2ª INSTÂNCIA NOS *HABEAS CORPUS* REQUERIDOS PELO PRÓPRIO PACIENTE OU POR LEIGOS.

Como sabido constitui ônus do impetrante instruir adequadamente sua postulação, pena de não se conhecer dela. Arguindo falta de justa causa porém não trazendo cópias das peças que compõem a prova relevante do processo de origem, não há como apreciar o pedido, salvo se eventualmente as informações suprirem a deficiência – situação quase hipotética ante a praxe de estas historiarem sucintamente o andamento do processo, raramente se dando ao trabalho de defender o ato impugnado.

Tenho por perfeitamente cabível a orientação da jurisprudência no particular, desde que o impetrante esteja habilitado a advogar.

Porém quando a impetração for elaborada pelo próprio paciente ou por algum colega de cárcere, não se afigura razoável o mesmo grau de exigência para se conhecer da pretensão apresentada. Nestas hipóteses, em homenagem às garantias ao *status libertatis* do acusado ou sentenciado requerem se cobre do impetrado outro procedimento, suprindo, nas informações, as deficiências de instrução do pedido. Aí avulta a atuação do Procurador de Justiça, do qual se espera supra as omissões das informações, propondo informações complementares e sobretudo a vinda aos autos das cópias das peças relevantes do processo de origem.

Além disso, cuide-se de impetração formulada por Advogado ou pelo próprio paciente ou leigo, sobretudo nos casos de incidentes de execução, cumpre combater viciosa praxe de se negar conhecimento ao pedido com base no argumento de que o *writ* não se presta ao exame dos mesmos, que deve necessariamente ficar relegado ao agravo em execução.

Sucede que o recurso previsto na Lei de Execução Penal nem sempre é interposto, pois a assistência judiciária falha por causa do volume de procedimentos em curso, a grande maioria de presos sem recursos para constituir Advogado, e mesmo que apresentado demanda tempo muito maior para ser julgado.

Nada justifica critérios diversos para conhecimento ou não, dos requerimentos de *habeas corpus* porque o processo de origem esteja em fase de conhecimento ou de execução.

O que inviabiliza a apreciação do pedido é depender de maior indagação probatória. Quando se trate de questão de direito ou cujo exame deva se assentar em prova unívoca, nada obsta dele se conheça, independentemente de prever a lei recurso específico para a hipótese.

E não tem sentido invocar essa condição de conhecimento do pedido de *habeas corpus* quando se trata de exigir do Juiz que fundamente na prova do processo de origem a decisão atacada. Não vale dizer que a questão dos indícios de autoria, por exemplo, é de maior complexidade, o que obsta se conheça da pretensão á liberdade provisória ou à revogação da prisão processual. Constitui, com efeito, ônus do Magistrado indicar quais indícios deram lastro a que mantivesse a prisão ou a que ordenasse a instauração do processo.

Quando a motivação da decisão se limita a afirmar genericamente a existência de indícios de envolvimento do paciente no crime, abstraindo-se a questão da própria validade dela, certo é que o exame das provas é indeclinável, a ver se nos autos do processo de origem existem provas em relação ao paciente que justifiquem submetê-lo a processo ou a que o responda em prisão processual.

Uma coisa é o Juiz ter indicada elementos do acervo probatório que mostrem fundada suspeita de envolvimento do paciente no crime e o requerente do *writ* aprofundar-se no exame da prova do processo, na busca de obter a desconstituição da decisão judicial. Se para tanto se faz necessário aprofundado exame da prova, não cabe examinar a questão no âmbito do *writ*. Outra, bem diversa, é a assertiva genérica de que os autos do processo trazem indícios bastantes de envolvimento do paciente, sem indicá-las e sem anexá-las as informações, inviabilizando conclusão fundamentada sobre a legalidade do ato impugnado. Nesta última hipótese o exame da prova é de rigor, a se pretende que subsista a decisão atacada.

Não raro, contudo, essas premissas são explícita ou implicitamente recusadas na decisão, que deixa de acolher a manifestação da Procuradoria de Justiça.

Nesta hipótese se a impetração é de autoria do próprio interessado ou de alguém sem habilitação legal para postular em Juízo, estou em que deva a Procuradoria de Justiça impetrar o *writ* ao Superior Tribunal de Justiça, levando à análise deste a pretensão do impetrante.

A só razão de o Ministério Público em 2º Grau haver endossado, no todo ou em parte, a impetração, já constitui sério indicativo de deficiência da assistência judiciária, tanto que os Advogados responsáveis não se incumbiram de proporcioná-la ao réu, preso ou solto, ou ao sentenciado em cumprimento de pena.

E enquanto não se aperfeiçoa o serviço de assistência judiciária aos réus ou condenados pobres, deve o Ministério Público, suprir-lhe as deficiências; a Constituição da República lhe cometeu a atribuição de fazer valer interesses individuais indisponíveis – dentre os quais obviamente se põem aqueles ligados à liberdade de locomoção - e velar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relvância pública aos direitos nela assegurado, promovendo as medidas necessária a sua garantia (Art.s 127 e 129, inciso II). Assim sendo, deve encaminhar requerimento de *habeas corpus* ao Superior Tribunal de Justiça, sem prejuízo de medidas outras destinhadas a sanar essas deficiências da assistência judiciária (e ainda recentemente o Ministério Público do Rio Grande do Sul, na Comarca de Getúlio Vargas, em salutar iniciativa, obteve provimento judicial determinando ali se implantasse plantão da Defensoria Pública. O Estado do Rio Grande do Sul foi ao Supremo Tribunal Federal buscando cassas a decisão do Judicíário gaúcho, sem êxito, porém, ao menos na sede liminar).

Claro que, salvo em hipóteses absolutamente excepcionais, o Ministério Público não procederá dessa forma caso o paciente esteja devidamente representado ou assistido no processo. Se assim não for e como quase sempre as questões técnicas são de maior complexidade, não podendo ser enfrentadas pelo paciente ou pelo leigo que requer em seu favor, ou o Ministério Público lhe leva a pretensão ao tribunal superior ou ninguém o fará, salvo ele próprio, porém com os mesmos problemas de sua adequada apresentação (e nesta hipótese espera-se que o Ministério Público Federal tenha os mesmos cuidados em velar pelo conhecimento do pedido aqui arrolados).

Mas e se o Procurador de Justiça passar a atuar no processo depois de colegas de 1ª e 2ª Instâncias haverem se manifestado contrariamente ao pretendido pelo paciente? Justificar-se-ia contestasse a decisão que acolheu a solução preconizada pelo próprio Ministério Público? Como repercutiria a instalação de um tal dissídios na solução de uma mesma questão, sobretudo em face da unidade e indivisibilidade da Instituição?

Não se percebe, contudo, nenhum impedimento a que o *parquet* assuma a assistência que o paciente não teve, não obstante em contraste com a posição dos colegas que o antecederam em manifestação no processo. Acha-se exercendo função anômala, encarnando o interesse do paciente, em suprimento de deficiências de uma das garantias individuais daquele IArt. 5º, inciso LXXIV, da Constituição da República).

Ainda quando questionáveis os fundamentos legais de quanto se preconiza neste desalinhavado trabalho, afigura-se de relevância maior e portanto prevalecente assegurar ao indiciado, réu ou sentenciado pobre a assistência garantida pela Carta Magna, de tal forma que sua exegese se subordinará a esse princípio.

CONCLUSÕES

De quanto se expôs extraem-se as conclusões seguintes:

1 – a função anômala de prestação de assistência judiciária pelo Ministério Público somente se extinguirá se e quando universalizada a assistência jurídica às pessoas pobres pela Defensoria ou Advocacia Públicas;

2 – no cuidado pelo direito de locomoção de toda e qualquer pessoa, cumpre ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, cientificados da prisão de alguém em flagrante, verificar desde logo o cabimento de seu relaxamento ou da concessão de liberdade provisória, a partir do momento em que lhes chega a cópia do auto respectivo,

quando menos dando início às providências para indicar deva ou não, subsistir a custódia, independentemente de provocação dela:

3 – urge abolir praxes viciosas de multiplicar ações penais contra múlti-infratores, não raro ignorando o instituto do crime continuado, com a consequência, por vezes irreversível, de que venha a ser punido muito além de sua real responsabilidade.

029

A VIOLAÇÃO AO ARTIGO 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: CAUSA DE NULIDADE PROCESSUAL ABSOLUTA

André Luis Bortolini[1] e Leandro Garcia Algarte Assunção[2]

Promotores de Justiça /PR

JUSTIFICATIVA

Com o presente estudo, pretendemos destacar a consagração definitiva do sistema acusatório no ordenamento jurídico processual penal brasileiro e ressaltar importância a que foram elevadas as partes da relação processual penal (especialmente, para nós, o Ministério Público), em específico no que tange à produção da prova, com o reconhecimento de que o Estado-Juiz, a partir da vigência da Lei nº 11.690, de 09 de junho de 2008, não pode mais participar direta e ativamente da produção probatória, sob pena, a nosso aviso, de nulidade processual absoluta.

TESE

O princípio acusatório surgiu na ordem jurídica brasileira como corolário do princípio do devido processo legal, expresso no artigo 5°, LIV, da Constituição da República, contemplando a garantia de que ao réu sempre será assegurado um julgamento justo.

Nesta senda, além dos princípios expressos (princípios do contraditório e da ampla defesa, da motivação das decisões judiciais, da proibição do uso de provas obtidas por meios ilícitos, etc.), reconheceu o legislador constituinte, implicitamente, outras garantias processuais (princípio da imparcialidade do juiz, princípio acusatório, etc.), as quais nitidamente se extraem do corpo da Constituição da República.

Assim, o princípio acusatório adotado pela Lei Maior de 1988 demanda dos operadores do direito o abandono das práticas inquisitoriais, arraigadas na cultura jurídica do nosso país, atribuindo o devido valor a cada um dos atores processuais: ao Estado-Juiz, a função de árbitro da demanda, garante dos direitos individuais do acusado e julgador; ao Estado-Promotor e ao réu, a função de parte, com os respectivos direitos, deveres, ônus e faculdades.

A mera existência de partes, no entanto, não satisfaz o referido princípio, fazendo-se mister que cada ator do processo, máxime o magistrado, limite-se a realizar a atividade que lhe foi atribuída, sem invadir as atribuições dos demais, em contraposição ao princípio inquisitório, por meio do qual se permite que o magistrado não apenas julgue, mas também realize atividades típicas da defesa e da acusação, sobretudo dessa última.

> **"Com relação à separação das atividades de acusar e julgar, trata-se realmente de uma nota importante na formação do sistema. Contudo não basta termos uma separação inicial, com o Ministério Público formulando a acusação e depois, ao longo do procedimento, permitir que o juiz assuma um papel ativo na busca da prova ou mesmo na prática de atos tipicamente da parte acusadora. [...] Fica evidente a insuficiência de uma separação inicial de atividades se, depois, o juiz assume um papel claramente inquisitorial. O juiz deve manter uma posição de alheamento, afastamento da arena das partes, ao longo de todo o processo."** Aury Lopes Jr, "Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista)", Editora Lumen Juris, 3ª. ed., 2005

[1] Promotor de Justiça de Mallet/PR. Rua XV de Novembro, Centro, CEP 84570-000. Mallet/PR. Telefone: (42) 3542-1741. E-mail: abortolini@mp.pr.gov.br.

[2] Promotor de Justiça de Clevelândia/PR. Rua Manuel Ferreira Bello nº 123 – Centro – CEP 85530-000. Clevelândia/PR. Telefone: (46) 3252-1994. E-mail: lgaassuncao@mp.pr.gov.br.

Conquanto o sistema acusatório seja dotado de outras características, como a oralidade, a publicidade e a igualdade de partes, o atributo que o destaca é a estrita divisão de funções entre cada ator processual, sendo a mola mestra desse sistema a gestão das provas pelas partes (princípio informador).

Ora, o juiz, sendo ser humano como qualquer outro (com histórico de vida familiar, pessoal, funcional, etc.), não pode ser visualizado, de forma automática, como sujeito dotado de plena imparcialidade. Deve, ao nosso sentir, buscar esse atributo por meio de mecanismos processuais postos a seu serviço, dentre os quais vislumbramos a estrita separação entre as funções reservadas ao julgador, ao acusador e ao defensor, emprestando efetividade ao modelo acusatório de processo. Com efeito, partindo-se da premissa da condição *humana* do magistrado, afigura-se evidente que sua vinculação com a prova em si e com sua produção retira a característica mais importante de sua função, que é justamente a imparcialidade (sem querer afirmar, à evidência, que com isso passa a ter o magistrado *interesse* na causa).

Este caminho no agir do magistrado faz com que este sujeito processual figure como órgão *suprapartes*, posicionando-se em eqüidistância das partes, não podendo se envolver psicologicamente com os elementos materiais em debate no processo, ou seja, evitando qualquer afetação inoportuna e açodada sobre o resultado final da contenda.

É evidente, ao nosso ver, que quando o juiz se arvora no direito de produzir provas não mantém a sua imparcialidade, posto que ao sair em busca de provas sabe o que deseja encontrar, favorecendo, não raro, a condenação do acusado, funcionando como um segundo órgão persecutor, ao lado do Ministério Público.

> **"Quando diligencia, de ofício, além dessa fronteira do aclaramento das imputações e elementos a ele já levados, o julgador expõe-se, sim, ao parcialismo. Conforme serena reflexão de Cafferata Nores, se, para resguardar o interesse público na punição do delito, permiti-mos que os juizes ajudem ou até substituam o Ministério Público na sustentação probatória da acusação, estaremos admitindo que os juízes sejam co-promotores, o que não é tolerável em um Estado de Di-reito, cujo selo distintivo em matéria de administração da justiça é precisamente a imparcialidade daqueles, condição que resulta francamente incompatível com as de colaboração com o *dominus litis* ou com funções investigativas ou co-acusadoras."** Danielle Souza de Andrade e Silva, "A Atuação do Juiz no Processo Penal Acusatório – Incongruências no Sistema Brasileiro em Decorrência do Modelo Constitucional de 1988", Editora Sergio Antônio Fabris, 2005

Tão somente com o respeito ao modelo acusatório de gestão de provas é que os sujeitos processuais darão guarida ao que lhes foi reservado pelo texto constitucional, vale dizer, ao Ministério Público e ao acusado (por meio da *defesa técnica*) a total responsabilidade pela gestão da prova (exclusiva carga probatória) e ao magistrado, a mais nobre função de julgar imparcialmente e garantir os direitos fundamentais do acusado.

O princípio da verdade real (?!?), recitado por muitos manuais e pelos tribunais pátrios como fundamento ao sistema inquisitorial, permitindo que o magistrado controle a colheita do material probatória, como se parte fosse, não mais possui espaço diante da ordem jurídica advinda com a Constituição da República de 1988, até mesmo porque, em termos filosóficos, mostra-se comprometido nos dias atuais o discurso de uma verdade real fielmente reproduzida por meio de um processo histórico de reconstrução de situações fáticas (processo), sendo mais adequado falar, com Ferrajoli, na busca e obtenção de uma *verdade processual*, ou *verdade possível*.

> **"A verdade, no processo penal, constrói-se com a garantia da dialética das partes vistas num plano de igualdade. Igualdade que é garantida por diversos instrumentos assegurados constitucionalmente e que se enquadram no chamado processo penal acusatório. Perde sentido valer-se o julgador do princípio da verdade real para arvorar-se do poder de produzir provas, porquanto assim estará concretizando a figura do juiz instrutor, incompatível com as diretrizes esposadas na Constituição.**
> **O qualificativo atribuído à verdade no processo penal, o de verdade real, ou 'material', não pode continuar a servir de escudo para atitudes tentadoras de ingerência na atividade que cabe às partes no processo penal, sob pena de inconscientemente, afetar-se a esfera de imparcialidade objetiva.**
> **[...]**
> **A verdade em direito, enfim, é um constante devir, um dado não contido previamente no sistema jurídico, mas ao qual se chega após a prática de um procedimento judicial em que o julgador (sujeito tecnicamente imparcial) colhe elementos (critério da prova) para, a partir de ponderações argumentativas, articular pressupostos e consequên-cias e formar um convencimento, sem que se possa, com isso, disso-ciar a verdade assim alcançada dos valores socialmente mais relevan-tes naquela situação."** Danielle Souza de Andrade e Silva, "A

Atuação do Juiz no Processo Penal Acusatório – Incongruências no Sistema Brasileiro em Decorrência do Modelo Constitucional de 1988", Editora Sergio Antônio Fabris, 2005

A este diploma normativo, fulcrado na busca da verdade real (?!?) e divorciado da ordem constitucional, aliam-se muitos operadores jurídicos que admitem, assim, o sistema inquisitório na realidade jurídica brasileira, sob um frágil discurso de busca da verdade real como forma de proteção da sociedade (essa postura do Poder Judiciário que, em detrimento de direitos individuais do acusado, milita em favor da segurança pública é típica de Estados totalitários).

> **"É importante destacar que a principal crítica que se fez (e se faz até hoje) ao modelo acusatório é exatamente com relação à inércia do juiz (imposição da imparcialidade), pois este deve resignar-se com as consequências de uma atividade incompleta das partes, tendo que decidir com base em um material defeituoso que lhe foi proporcionado. Esse sempre foi o fundamento histórico que conduziu à atribuição de poderes instrutórios ao juiz e revelou-se (através da inquisição) um gravíssimo erro. O mais interessante é que não aprendemos com os erros, nem mesmo com os mais graves, como foi a inquisição. Basta constatar que o atual CPP atribui poderes instrutórios para o juiz, a maioria dos tribunais e doutrinadores defende essa 'postura ativa' por parte do juiz (muitas vezes invocando a tal 'verdade real, esquecendo a origem desse mito e não percebendo o absurdo do conceito), proliferam projetos de lei criando juízes inquisidores e 'juizados de instrução', etc.**
> **Frente ao inconveniente de ter que suportar uma atividade incompleta das partes (preço a ser pago pelo sistema acusatório), o que se deve fazer é fortalecer a estrutura dialética e não destruí-la, com a atribuição de poderes instrutórios ao juiz. O Estado já possui um serviço público de acusação (Ministério Público), devendo agora ocupar-se de criar e manter um serviço público de defesa, tão bem estruturado como o é o Ministério Público. É um dever correlato do Estado para assim assegurar um mínimo de paridade de armas e dialeticidade."**
> Aury Lopes Jr, "Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista)", Editora Lumen Juris, 3ª. ed., 2005

Ora, uma das feições constitucionais do Ministério Público é a de órgão acusador, com o escopo de assegurar nas mãos do Estado – além do monopólio da jurisdição - a exclusividade da persecução penal, preservando a imparcialidade do juiz.

Diante deste contexto, forçoso inferir que a iniciativa probatória do magistrado deve ser, no máximo, **supletiva à das partes**, sendo a iniciativa de prova totalmente vedada, preservando-se sua imparcialidade e eqüidistância das partes.

A Lei n. 11.690, que entrou em vigor em 09/08/2008, trouxe nova roupagem ao tema das provas penais no CPP, aproximando-se do sistema acusatório modelado pela Constituição da República e trazendo à baila, com isso, uma questão absolutamente essencial à produção da prova no processo penal brasileiro.

Uma das modificações mais substanciais refere-se à nova redação do artigo 212 do CPP: *"As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição."*

A *ratio legis*, de forma clarividente, é buscar maior imparcialidade ao juiz, distanciando-o da colheita das provas, concedendo a este sujeito processual tão-somente poderes complementares aos das partes, vale dizer, esclarecendo pontos ainda obscuros acerca das perguntas dirigidas pelas partes.

Por oportuno, veja-se o seguinte comentário:

> **"Analisando o processo de formação da lei em seus debates no Congresso Nacional, é possível afirmar que a vontade do legislador foi assegurar que as partes perguntassem primeiro que o juiz. Neste sentido, Comissão instituída pelo Poder Judiciário apresentou à Senadora Ideli Salvatti propostas de emendas, que foram apresentadas por esta Senadora à CCJ do Senado Federal, para alteração do PLC n. 37/2007 (originário do PL n. 4.205/2001 da Câmara dos Deputados). Dentre estas, constava a Emenda Modificativa n. 07, que alterava a redação original para permitir que o juiz perguntasse antes que as partes, ao argumento de que, sendo ele destinatário da prova, deveria ter primazia em sua colheita. [...]**
> **Todavia, esta Emenda n. 07 foi rejeitada pela CCJ do Senado, que seguiu o Parecer n. 1.089/2007, da lavra do Relator do projeto de lei no Senado, Senador Mozarildo Cavalcanti. Este parecer é eloqüente e merece transcrição das partes ligadas a este ponto: Todos os projetos de lei da chamada Reforma do Código de Processo Penal estão fundados no modelo acusatório,**

> **reconhecidamente o mais apto à consecução de um processo penal não apenas ético, mas igualmente mais simples, célere, transparente e desburocratizado, trazendo maior eficiência e atacando a impunidade."** Thiago André Pierobom de Ávila - A nova ordem das perguntas às testemunhas no processo penal (CPP, art. 212), www.jusnavigandi.com.br

Todavia, mesmo diante da alteração legislativa, que concede máxima efetividade ao sistema acusatório adotado pelas normas constitucionais, há magistrados que ainda preferem interpretar a norma do art. 212 do CPP no sentido de que o juiz ainda possui o poder de perguntar primeiro, com postura inquisitorial (ativa na colheita da prova). Ao agir desta forma, em nosso entendimento, tais representantes do Estado-Juiz acabam por olvidar a *ratio legis* que inspirou a alteração legislativa, conduzindo a hermenêutica para um discurso com traços inquisitoriais.

Neste passo, cabe-nos refletir acerca das conseqüências jurídicas do não cumprimento do modelo procedimental instaurado a partir da novel redação do artigo 212 do CPP. Ou seja, cabe a indagação: a postura judicial inicialmente ativa na colheita das provas, com violação à ordem estabelecida pelo artigo 212, do CPP, gera mera irregularidade, nulidade relativa ou nulidade absoluta do processo a partir do ato processual viciado?

A nosso aviso, a violação do modelo acusatório de gestão de provas estabelecido no artigo 212 do CPP, com a colheita de provas diretamente pelo magistrado e com a atuação supletiva das partes (ordem estabelecida **antes** da vigência da Lei nº 11.690/08) gera **nulidade absoluta do processo**, posto que as normas constitucionais com teor processual têm natureza de normas de garantia, vale dizer, de normas que buscam assegurar maior imparcialidade e isenção ao juiz, de garantia das partes e de processo justo (baliza substancial do devido processo legal).

Nessa ordem de sustentação, decisão recente do vanguardista Tribuna de Justiça gaúcho declarou a nulidade absoluta do processo, por lesão ao princípio acusatório na iniciativa probatório do magistrado:

> **"PROCESSUAL PENAL. INQUIRIÇÃO DAS VÍTIMAS E TESTEMUNHAS DIRETAMENTE PELA MAGISTRADA CONDUTORA. NULIDADE.**
> **A nova redação legal do art. 212 do CPP, dando largo passo em direção ao sistema acusatório consagrado na Lei Maior, previu expressamente a subsidiariedade das perguntas do Magistrado em relação às indagações das partes: do juiz é exigido o julgamento justo e eqüidistante, de modo tal que não pode ele ter compromisso com quaisquer das vertentes da prova."** (Apelação n. 70028349843, da 5ª. Câm. Crim. do TJRS, rel. des. Amilton Bueno de Carvalho, julgado em 18/03/2009)

Nesta brilhante decisão, considerou o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que a ausência do Promotor de Justiça na audiência e a realização das perguntas pelo magistrado gera a necessidade de nulificação parcial do processo para que nova sentença fosse proferida valorando como prova oral exclusivamente o interrogatório do acusado, mediante a fundamentação de que **"a legislação subalterna deu claro passo no rumo do *sistema acusatório* consagrado na Lei Maior, vindo a determinar que o juiz pergunte após e subsidiariamente às partes. Mas se as partes nada quiserem indagar, ou se, intimadas, não demonstrarem interesse em comparecer na audiência designada, *data venia*, não há o que possa o juiz 'complementar': a iniciativa das partes é a de nada perguntar, e não será o juiz que substituirá tal interesse."** E prossegue **" E como a defesa, presente na audiência, não manifestou interesse em qualquer pergunta às ofendidas e às testemunhas – suas indagações alcançaram apenas o interrogatório do acusado –, não vejo outro caminho senão o de anular o feito no ponto viciado (fls. 99/106) e determinar a imediata prolação de sentença, à vista, apenas, do interrogatório do réu (neste a defesa demonstrou interesse em realizar indagações e, ademais, o regramento legal incidente na espécie é outro, a teor do que dispõe o art. 188 do CPP)."**

Neste trabalho, procuramos defender (visando suscitar as discussões nas próprias fileiras de nosso Ministério Público) que, especialmente a partir da vigência da Lei nº 11.690/08 (que consagrou definitivamente o sistema acusatório dentro do ordenamento jurídico pátrio), houve vedação à produção da prova no processo penal diretamente pelo magistrado, competindo tão somente às partes tal iniciativa e ao magistrado atuação complementar desde que vinculada aos pontos de discussão em debate nos autos. As teses acusatória e defensiva devem ser sustentadas e demonstradas única e exclusivamente pelas partes constitucionalmente investidas de tal mister, quais sejam, o Ministério Público e a Defesa. **Sustentadas** pelas partes e **demonstradas** ao órgão judicial, que, para se desincumbir materialmente de sua função de garante dos postulados de ordem republicana que emanam da Carta Magna, deve apenas ***receber*** a prova produzida pelas partes, não podem ter a iniciativa de sua produção, ainda que se verifique falha na atuação do órgão do Ministério Público na reconstituição da situação fática retratadora de um ilícito criminal.

Suponhamos que em um caso de grande repercussão em um pequeno município do interior do Estado (latrocínio ou estupro, *v.g.*), em uma situação evidentemente imaginária e extremada, o órgão do Ministério Público daquela localidade reiteradamente se abstém do seu dever constitucional de produzir em juízo sob o crivo do contraditório os elementos de convicção necessários à procedência da pretensão acusatória, deixando, inclusive, de comparecer às audiências respectivas. O magistrado, sabedor desta postura do *Parquet* e percebendo que as

provas produzidas em juízo, naquela perspectiva, conduzirão à absolvição do acusado, decide então se irrogar na função de órgão acusador e passa, no nosso exemplo, a colher diretamente todos os relatos das testemunhas e informantes, afastando a incidência do artigo 212 do CPP. Pergunta-se: houve violação ao sistema acusatório e seus corolários (imparcialidade, vinculação indevida à prova, etc.) e, em assim sendo, trouxe tal comportamento nulidade processual absoluta ao feito?

A resposta deve necessariamente ser **positiva**.

Essa talvez seja a maior crítica ao sistema acusatório: a impossibilidade do Estado-Juiz de se substituir ao órgão acusador quando este último age de maneira negligente ou falha, ainda que se possa perceber, de plano, que o caso demandaria procedência da eventual pretensão acusatória. Nada resta ao magistrado no tocante à produção desta prova. Pode intentar junto ao órgão respectivo a obtenção de sanção disciplinar do membro do Ministério Público por falta do dever funcional, mas jamais pode interferir no resultado da ação penal, sob pena de se vincular aos elementos de convicção e perder sua inarredável imparcialidade.

Citando Aury Lopes Jr.:

> **"A posição do juiz é o ponto nevrálgico da questão, na medida em que 'ao sistema acusatório lhe corresponde um juiz espectador, dedicado, sobretudo, à objetiva e imparcial valoração dos fatos e, por isso, mais sábio que experto; o rito inquisitório exige, sem embargo, um juiz-ator, representante do interesse punitivo e, por isso, um enxerido, versado no procedimento e dotado de capacidade de investigação'.**
> **O tema também está intimamente relacionado com a questão da *verdade* no processo penal. No sistema inquisitório, nasce a (inalcançável e mitológica) verdade real, onde o imputado nada mais é do que um mero objeto de investigação, 'detentor da verdade de um crime', e, portanto, submetido a um inquisidor que está autorizado a extraí-la a qualquer custo. Recordemos que a intolerância vai fundar a inquisição. A verdade absoluta é sempre intolerante, sob pena de perder seu caráter 'absoluto'."** Aury Lopes Jr, "Direito processual Penal e sua conformidade constitucional", Editora Lumen Juris, Volume I, 2ª ed., 2008, p. 73

Em sede de decisão liminar no Habeas Corpus nº 121.216 - DF (2008/0255943-3), o eminente Ministro do STJ Jorge Mussi, assim decidiu:

> **"Não obstante haja resistência pertinente às mudanças procedidas no ordenamento processual penal, é certo que com a nova redação dada ao art. 212, pela Lei nº 11.690/2008, 'o juiz simplesmente poderá complementar a inquirição sobre os pontos não esclarecidos, cabendo-lhe ainda não admitir as perguntas que não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já feita' (SOUZA, JOSÉ BARCELOS DE. Boletim IBCCrim. Novas leis de processo: inquirição direta de testemunhas. Identidade física do juiz. ano 16, nº 188, julho, 2008, p. 15). [...]**
> **No caso em apreço, da documentação acostada ao remédio constitucional, extrai-se do termo de audiência consignação feita pelo julgador no sentido de que 'tal dispositivo legal não trouxe qualquer inovação com relação ao sistema outrora estabelecido a respeito da presidência dos atos procedimentais realizados no curso das audiências, qual seja, sistema presidencial, o qual permanece em pleno vigor e, nessa condição, concede ao Magistrado o poder/dever de, caso queira, argüir primeiro as testemunhas arroladas pelas partes' (fls. 31).**
> **O aresto vergastado, por sua vez, reconheceu que na hipótese o ato objurgado incorreu 'em erro de procedimento', porém negou provimento à reclamação (fls. 53 a 61).**
> **Assim, em que pese os judiciosos fundamentos expostos no acórdão reclamado, o qual mesmo admitindo que houve a inversão apontada pelo Ministério Público, não anulou a audiência procedida em desacordo com o art. 212 do Diploma Processual Repressivo, em um exame perfunctório próprio desta fase procedimental, resta suficientemente demonstrada a plausibilidade jurídica do pleito referente à ofensa ao devido processo legal, sendo mister destacar que contra o paciente já foi proferida sentença condenatória, ou seja, está em vias de iniciar o cumprimento de sanção imposta em feito que, tudo indica, é nulo.**
> **Desse modo, presentes os requisitos necessários ao acolhimento da tutela de urgência, consistentes no *fumus boni juris* e no *periculum in mora*, defere-se a liminar, para suspender os efeitos do édito repressivo até o julgamento definitivo deste *mandamus*."**

CONCLUSÃO

Diante do exposto, a necessária conclusão é de que o desrespeito ao preceito normativo do novo artigo 212 do CPP, enseja efetivo prejuízo às partes e atentado à função jurisdicional, ante a lesão a formalidades legais que implicam violação aos princípios constitucionais direta ou reflexamente, fazendo-se mister a declaração de nulidade absoluta.

De outra banda, ao nosso sentir a atuação judicial complementar, após a inquirição das testemunhas pelas partes, deve ser procedida com bastante cautela ou parcimônia, tão-somente para preencher lacunas eventualmente decorrentes de questionamentos das partes (sobre fatos que, para o juiz, não tenham ficado plenamente claros, mas que já tenham sido ventilados pelas partes), não se podendo admitir que o magistrado estenda o lastro probatório, arvorando-se na função instrutória e afetando o sistema acusatório, em que a gestão da prova pertence às partes, relegando a interpretação conforme a Constituição do dispositivo legal do artigo 212 do CPP.

É mais do que chegada a hora (já que passados mais 20 anos da promulgação da Constituição da República) de fazer-se uma releitura do papel do juiz na atuação no processo penal, de um lado valorizando a tão nobre função de julgar com imparcialidade, com equidistância dos sujeitos processuais parciais, e de outro preservando as garantias constitucionais do acusado (e do processo), buscando a verdade processual e tendo por meta final a busca de um processo penal justo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aury Lopes Jr, "Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista)", Editora Lumen Juris, 3ª. ed., 2005

Aury Lopes Jr, "Direito processual Penal e sua conformidade constitucional", Editora Lumen Juris, Volume I, 2ª ed., 2008, p. 73

Danielle Souza de Andrade e Silva, "A Atuação do Juiz no Processo Penal Acusatório – Incongruências no Sistema Brasileiro em Decorrência do Modelo Constitucional de 1988", Editora Sergio Antônio Fabris, 2005

Thiago André Pierobom de Ávila - A nova ordem das perguntas às testemunhas no processo penal (CPP, art. 212), www.jusnavigandi.com.br

033

PENA DE MULTA CRIMINAL, EXECUÇÃO E LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Valter Foleto Santin*

Promotor de Justiça/SP

Resumo: O trabalho trata de execução de multa criminal e legitimidade de parte ativa do Ministério Público.
Palavras-chave: Execução. Pena de multa. Legitimidade. Ministério Público.

PUNISHMENT OF CRIMINAL FINE, EXECUTION AND ACTIVE LEGITIMACY OF THE PUBLIC PROSECUTION SERVICE
Abstract: The argument is about the execution criminal fine and legitimacy of the public prosecution service
Key-words: Execution. Criminal fine. Legitimacy. Public prosecution service

INTRODUÇÃO

A execução de multa criminal processava-se tradicionalmente no próprio Juízo de conhecimento ou no Juízo da Execução Criminal, na dependência de ser única sanção aplicada ou se cumulada com pena privativa de liberdade, com movimentação e participação ativa do Ministério Público.

Depois da alteração de redação do artigo 51, do Código Penal, pela Lei 9.268/1996, surgiu entendimento doutrinário e jurisprudencial de que o Juízo criminal não possuiria mais competência jurisdicional para execução de pena de multa, passando o encargo para a Vara da Fazenda Pública, e que a legitimidade ativa para pleitear a cobrança deveria ser exercida pela Procuradoria da Fazenda, não mais da atribuição do Ministério Público.

Este trabalho procura analisar as questões pertinentes à multa penal, competência jurisdicional do Juízo Criminal e continuidade da atribuição do Ministério Público para promover a execução da multa criminal.

FUNDAMENTAÇÃO

O cometimento de delito sujeita o agente às penas privativas de liberdade, restritivas de direito e de multa (art. 32, I a III, do Código Penal), estabelecidas e individualizadas pelo juiz na sentença, com base nos norteamentos da fase de aplicação da pena (art. 59, do Código Penal).

A multa pode ser modalidade autônoma de pena ou substitutiva.

A multa constante do tipo penal é modalidade autônoma de pena (arts. 32, III, e 58, do Código Penal) e não permitiria a conversão em prisão (Lei 9.268/1996), sendo caso de exigência por processo de execução de pena.

Porém, a despeito do mesmo nome "multa", a multa substitutiva tem natureza jurídica diversa, tratando-se de modalidade secundária e dependente (arts. 44, §2º, 58, parágrafo único, e 60, §2º, do Código Penal), permitindo em caso de descumprimento a reversão em pena privativa de liberdade (art. 44, §4º, do Código Penal).

A multa substitutiva pode ser usada como substituição da pena privativa de liberdade exclusiva, alternativa ou cumulativa. Na pena privativa de liberdade não superior a 6 meses (art. 60, §2º, do mesmo codex), a substituição por multa é exclusiva; na sanção superior a 6 meses e até 1 ano, a substituição é alternativa, por concorrência da multa com pena restritiva de direito (art. 44 §2º, 1ª parte, do Código Penal); e se superior a 1 ano até 4 anos, quando possível a substituição da pena privativa de liberdade por duas sanções, a multa pode ser cumulativa ou alternativa

* Professor do programa de mestrado em Direito da Universidade Estadual do Norte Pioneiro, em Jacarezinho (Paraná), Doutor em Processo e Promotor de Justiça em São Paulo

com pena restritiva de direito, em virtude de opção de aplicação de uma pena restritiva de direito e multa ou por duas restritivas de direito (art. 44 §2°, 2ª parte, do Código Penal), porque possível a substituição de modalidade de pena privativa de liberdade até 4 anos (art. 44, I, do Código Penal).

Não há no capítulo da aplicação da pena e da multa substitutiva (art. 60, §2°, do Código Penal) solução legal sobre o descumprimento da sanção pecuniária substitutiva. Uma alternativa é a execução da multa (art. 51, do Código Penal). Outra solução é a reversão da multa, tendo em vista que há previsão expressa de substituição da pena privativa de liberdade por multa ou restritiva de direito (art. 44, §2°) e a sua conversão em caso de descumprimento (art. 44, §4°).

A reversão é possível, porque a multa substitutiva tem ligação umbilical com a pena substituída (privativa de liberdade), é dela dependente, e em caso de descumprimento a solução lógica, normal, racional e proporcional é o retorno ao *status quo ante* e exigência da pena aplicada, no caso a privativa de liberdade. O E. STJ já decidiu ser possível a reconversão em prisão da pena pecuniária substitutiva, enfatizando que o "princípio constitucional que proíbe a prisão por dívidas incide sobre as penas de multa previstas no próprio tipo penal, a teor do que dispõe a Lei 9.268/96, contudo, não compreende a pena pecuniária advinda em substituição da prisão, conforme opinião lançada nos precedentes desta Casa" (HC 22568/MG, Relator(a) Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, j. em 20/02/2003, DJ 24.03.2003, p. 249, v.u.).

Em relação à multa prevista como pena autônoma no tipo penal (art. 32, III, CP), não há mais possibilidade de conversão em prisão (art. 51, do Código Penal com a nova redação fornecida pela Lei 9.268/1996), sendo a única alternativa a execução da multa (art. 51).

A execução da pena de multa criminal está regulada atualmente pelo artigo 164, da Lei de Execução Penal, e Lei 6.830/1980, observando que o artigo 51 fez referência à aplicação das normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública.

Prevê o artigo 164, da LEP (Lei 7.210/1984), que "extraída certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado, que valerá como título executivo judicial, o Ministério Público requererá, em autos apartados, a citação do condenado para, no prazo de 10 (dez) dias, pagar o valor da multa ou nomear bens à penhora". O dispositivo trata de questões processuais da execução, cuidando da condição de título executivo judicial (certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado), legitimidade ativa (Ministério Público) e de procedimento (citação para pagar ou nomear bens em 10 dias).

Por seu turno, o artigo 51, do Código Penal, dispõe: "Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhe as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição". A disposição penal trata da caracterização da multa como dívida de valor e aplicação da legislação sobre a dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive interrupção e suspensão da prescrição.

O artigo 164, da LEP, e o art. 51, do CP, são perfeitamente conciliáveis, porque este confirma a condição de título executivo da sentença condenatória transitada em julgado e acresce a característica de dívida de valor. É regra básica de hermenêutica o aproveitamento das normas legais, retirando eventuais conflitos aparentes despropositados, para harmonia de todo o ordenamento jurídico nacional. Não há revogação e muito menos conflito entre as normas, não sendo permitido ao intérprete buscar interpretação desastrosa e contrária ao sistema.

Cabe destacar que o art. 51, do Código Penal, trata da condição de trânsito em julgado para a execução da multa e sua consideração como dívida de valor, além da submissão às normas da legislação da dívida ativa da Fazenda Pública. Mas nada trata de legitimidade de parte ativa para a execução. Não retira do Ministério Público a legitimação processual nem a transfere à Fazenda Pública.

E a Lei 6.830/1980? O diploma legal que regula o procedimento de execução de dívida ativa das Fazendas Públicas cuida da dívida definida como tributária ou não tributária na Lei 4.320/1964 e alterações, sobre normas de direito financeiro na elaboração e controle orçamentário da União, Estado, Município e do Distrito Federal (art. 2°, caput, da Lei 6.830/1980). O valor em cobrança atribuído às referidas entidades é considerado dívida ativa (§1°). Estatui-se que a inscrição é controle administrativo da legalidade, para apurar a liquidez e certeza do crédito e efeito de suspensão da prescrição (§3°), contendo o §5° os requisitos do termo de inscrição, cuja certidão deverá acompanhar a petição inicial (art. 6°, §1°, da Lei 6.830/1980).

A Lei 6.830/1980 não trata especificamente da cobrança de multa criminal nem de legitimidade da Fazenda Pública para tanto. O direito de execução de natureza processual tem origem no direito material, para definição da modalidade da prestação, legitimidade e demais norteamentos para efetividade do direito.

A multa penal tem relação direta com o cometimento de crime (fato gerador) e a condenação criminal transitada em julgado (título executivo judicial) enquanto o crédito tributário tem ligação com a posse ou propriedade de bem ou direito, exercício de atividade ou prestação de serviço (fato gerador de imposto, taxa, contribuição de melhoria) ou atividade parafiscal (contribuição previdenciária ou outra similar). O processo administrativo é essencial para a constituição do título executivo tributário, com lançamento e inscrição na dívida ativa.

É visível que pena criminal e tributo são duas coisas totalmente diferentes, originárias de poderes estatais diversos, pertinentes à persecução penal estatal e ao poder de tributação. A pena relaciona-se ao poder de persecução penal e exercício da violência simbólica, objeto do sistema penal, delineado no art. 5°, principalmente nos incisos

XXXVII, XXXVIII, XXXIX, XL, XLI, XLII, XLIII, XLIV, XLV, XLVI, XLVII, XLVIII, XLIX, L, LI, LII, LIII, LIV, LV, LVI, LVII, LVIII, LIX, LXI, LXII, LXIII, LXIV, LXV, LXVI, LXVIII, LXXV, da Constituição Federal. Por outro lado, o tributo decorre do poder de tributação e conteúdo do sistema tributário (arts. 145 a 162, da Constituição Federal) para a exigência e captação de recursos para o custeio da máquina administrativa e dos serviços públicos. A pena expressa o poder de coerção criminal; o tributo, a coerção tributária. São duas fontes diferentes de obrigação: uma (pena) decorre da relação jurídica criminal, cujo fato gerador é o ato ilícito penal, e a outra (tributo), nasce de relação jurídica tributária, com fato gerador de natureza patrimonial e econômica.

Anoto que o art. 51 do Código Penal não autoriza a grave confusão entre direito material e direito processual, com interpretação equivocada de que a norma processual (rito da execução) teria interferido no aspecto material (pena), para transformação da natureza jurídica de pena criminal (multa) em crédito tributário.

Observo que a consideração do débito decorrente de sanção penal como "dívida de valor" procurou pacificar o dissenso jurisprudencial sobre a característica da dívida originária de título executivo penal como "dívida de valor" ou "dívida de dinheiro", pois os critérios para a correção monetária eram diversos, com o cômputo desde o fato (dívida de valor) ou da sentença (dívida de dinheiro) ou do trânsito em julgado ou execução.

No final da década de 1980 até meados de 1990, o assunto foi bastante discutido e a jurisprudência era oscilante, passando a ser majoritária na consideração como dívida de valor e a correção monetária desde a data dos fatos.

Para amostragem, no extinto Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, incorporado ao Tribunal de Justiça de São Paulo, eram três critérios diferentes de correção, o que tornava verdadeira loteria judiciária a definição do marco inicial da atualização: correção monetária a partir da data do fato ou do trânsito em julgado da sentença ou da citação para execução penal. Os critérios de correção monetária a partir da data do fato foram adotados nos seguintes julgamentos: Agravo em Execução nº 500.373/8, j. em 05/05/1988, 7ª Câmara, Relator Hélio de Freitas, RJDTACRIM 1/38; AE nº 619.555/6, j. em 30/08/1990, 1ª Câmara, Relator Eduardo Goulart, RJDTACRIM 7/33; AE nº 632.231/1, j em 14/11/1990, 10ª Câmara, Relator, Jo Tatsumi, RJDTACRIM 8/58; AE nº 611.031/9, j. em 10/10/1990, 10ª Câmara, Relator José Santana, RJDTACRIM 8/59; AE nº 636.151/1, j. em 06/02/1991, 9ª Câmara, Relator Barbosa de Almeida, RJDTACRIM 9/35; AE nº 635.263/7, j. em 28/11/1990, 6ª Câmara, Relator Almeida Braga, RJDTACRIM 10/32; AE nº 709.441/3, j. em 27/02/1992, 7ª Câmara, Relator Luiz Ambra, RJDTACRIM 13/25; AE nº 693.901/6, j. em 22/04/1992, 6ª Câmara, Relator Aguiar Vallim, RJDTACRIM 14/24; Apelação nº 720.233/7, j. em 24/08/1992, 12ª Câmara, Relator Oliveira Santos, RJDTACRIM 15/132; Apelação nº 732.541/1, j. em 22/09/1993, 9ª Câmara, Relator Canellas de Godoy, RJDTACRIM 20/136. O critério do trânsito em julgado da sentença foi prestigiado nos seguintes recursos: AE nº 501.397/5, j. em 25/02/1988, 2ª Câmara, Relator Haroldo Luz, RJDTACRIM 3/53; AE nº 611.057/5, j. em 10/05/1990, 2ª Câmara, Relator designado Ribeiro Machado, Declaração de voto vencido Pedro Gagliardi, Declaração de voto vencido em parte Haroldo Luz, RJDTACRIM 8/59; AE nº 626.275/2, j. em 06/09/1990, 7ª Câmara, Relator Walter Tintori, RJDTACRIM 9/36; AE nº 702.271/2, j. em 23/03/1992, 11ª Câmara, Relator designado Gonçalves Nogueira, Declaração de voto vencido Sidnei Beneti, RJDTACRIM 14/25. E a contagem partir da citação da execução: AE nº 534.761/1, j. em 18/01/1989, 5ª Câmara, Relator Heitor Prado, RJDTACRIM 2/30; AE nº 546.869/3, j. em 02/02/1989, 3ª Câmara, Relator designado Gomes de Amorim, RJDTACRIM 3/54; AE nº 548.107/7, j. em 22/03/1989, 5ª Câmara, Relator Paulo Franco, Declaração de voto vencedor Ribeiro dos Santos, RJDTACRIM 3/55; AE nº 914.261/7, j. em 07/12/1994, 5ª Câmara, Relator designado Edgard Coelho, Declaração de voto vencido Geraldo Lucena, RJDTACRIM 24/26. Vide http://www.tacrim.sp.gov.br.

O E. STJ pacificou a situação, definindo o critério de correção monetária a partir da data do fato delituoso, conforme se percebe dos seguintes recursos: EREsp 91003/RS, Relator(a) Ministro GILSON DIPP, TERCEIRA SEÇÃO, j. em 13/12/1999, DJ 21/02/2000 p. 84, LEXSTJ vol. 129 p. 279, v.u.; REsp 83846/RS, Relator(a) Ministro JOSÉ DANTAS, QUINTA TURMA, j. em 16/12/1997, DJ 02/03/1998 p. 127, v.u.; REsp 120678/SP, Relator(a) Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, j. em 09/06/1997, DJ 04/08/1997 p. 34839, v.u.; REsp 81578/SP, Relator(a) Ministro EDSON VIDIGAL, QUINTA TURMA, j. 08/04/1996, DJ 13/05/1996 p. 15568, v.u.; REsp 39429/SP, Relator(a) Ministro EDSON VIDIGAL, QUINTA TURMA, j. em 02/04/1996, DJ 06/05/1996 p. 14436, v.u.; REsp 67747/MG, Relator(a) Ministro JOSÉ DANTAS, QUINTA TURMA, j. em 06/02/1996, DJ 04/03/1996 p. 5415, v.u.; REsp 41438/SP, Relator(a) Ministro ASSIS TOLEDO, QUINTA TURMA, j. 28/09/1994, DJ 17/10/1994 p. 27906.

É pertinente a análise das dívidas de valor e de dinheiro.

Orlando Gomes anota que a dívida pecuniária é "obrigação de valor nominal", as obrigações pecuniárias determinam-se por "uma quantia fixa", e as dívidas de valor variam no quantum em função do "valor da moeda", por alteração do poder aquisitivo da moeda, com uso de cláusula de indexação, contra a deterioração da moeda, "fixando o valor da dívida em função da variação de determinado índice econômico" (*Obrigações*, p. 56-58).

A propósito, Arnoldo Wald conceitua dívida de valor como aquela em que "o débito não é de certo número de unidades monetárias, mas do pagamento de uma soma correspondente a certo valor", em que a moeda "não constitui o objeto da dívida, mas uma simples medida de valor", pois a dívida é de "um quid" e não de "um quantum", por representar um valor correspondente a um bem determinado e não certo número de unidades monetárias" (*Curso de Direito Civil Brasileiro*, p. 52).

Leib Soibelman também entende a dívida de valor como a obrigação em que "'o objeto não é o dinheiro como dinheiro, mas o dinheiro como meio de medida de um valor patrimonial que ele representa no momento da conclusão

do contrato", sendo que em caso de desvalorização do dinheiro no decorrer do contrato "o credor já não receberá o valor que ele pretendeu ao contratar", motivo para a "aplicação da correção monetária, correção do valor do objeto do contrato". Entende que é o oposto da dívida pecuniária. Anota que nesta "o dinheiro é o meio de pagamento, pouco importando sua desvalorização" (*Enciclopédia do advogado*, p. 134).

As dívidas em dinheiro são aquelas em que o dinheiro em si é "objeto da prestação", como no mútuo, enquanto que nas dívidas de valor o dinheiro serve para "medir ou valorar o objeto na prestação" (Maria Helena Diniz et alii, *Novo Código Civil comentado*).

A propósito, a dívida de dinheiro tem referência com a unidade monetária, o chamado valor de face da moeda, em que há correspondência exata para a utilização como troca por bem ou serviço. Uma tradução de dívida de dinheiro é a obrigação originária de mútuo ou de título de crédito. Por outro lado, a dívida de valor representa algo, um bem ou serviço, e a sua estimação em moeda é o mecanismo para a sua exigibilidade e certeza. São exemplos as obrigações alimentares, indenizações decorrentes de atos ilícitos ou de responsabilidade extracontratual e as provenientes de desapropriação. Na dívida de dinheiro, a moeda é objeto; na dívida de valor, a moeda é instrumento de estimação de algum bem.

O Código Civil estabelece o objeto do pagamento, a prestação estabelecida, sem obrigação de recebimento de prestação diversa, mesmo que mais valiosa (art. 313, do Código Civil), com a previsão de que a obrigação de pagamento das dívidas em dinheiro deverá ocorrer no vencimento, "em moeda corrente e pelo valor nominal" (art. 315). A dívida de dinheiro está definida no art. 314 (moeda corrente pelo valor nominal) enquanto as demais dívidas são de valor, pois o seu descumprimento importa em obrigação de responder "pelo equivalente" (arts. 234 e 239, do Código Civil) ou exigir "o equivalente" (art. 236, CC), denotando-se que a expressão equivalente indica dívida de valor.

Note-se que o inadimplemento de qualquer obrigação gera a obrigação de pagamento de atualização monetária, além de juros e perdas e danos (art. 389, do Código Civil), de modo que a análise econômica de nominalismo ou valorismo é irrelevante. A própria diferenciação entre dívida de valor e dívida de dinheiro perdeu importância, tendo em vista que as duas dívidas são corrigidas monetariamente.

No campo penal, antes da alteração legislativa de 1984, a pena de multa era prevista em réis e depois em cruzeiro, moedas anteriores ao atual real. Para lembrança, ao delito de receptação (art. 180, caput, do Código Penal) era imposta, além da pena de reclusão, a multa de quinhentos mil réis a dez contos de réis (Decreto-lei 2.848/1940), depois de Cr$500,00 (quinhentos cruzeiros) a Cr$10.000,00 (dez mil cruzeiros), pela redação dada pela Lei nº 2.505, de 1955. A redação atual prevê pena cumulativa de reclusão (1 a 4 anos) e multa; não há indicação de valor em moeda corrente; o sistema vigente é de dias-multa, entre o mínimo de 10 e o máximo de 360, fixando-se de cada unidade de dia-multa com base no salário mínimo (art. 49, do Código Penal), sem especificação no tipo penal do valor em moeda. A pena de multa com fixação da sanção em moeda corrente era inegavelmente dívida de dinheiro enquanto o sistema de dias-multa tem característica de dívida de valor, por necessidade da sua estimação monetária, com transformação em quantia certa, além da expressa previsão legal no art. 51, do Código Penal.

A visão de transformação da dívida por condenação por crime em dívida tributária é distorcida. A referência à legislação processual tributária para a execução não é apta a transformar a natureza jurídica da dívida decorrente de condenação criminal em dívida de natureza tributária, porque as origens são diversas e inconciliáveis. A deformação de origem seria a mesma se o legislador resolvesse alterar novamente o art. 51 do Código Penal e o sistema de execução de pena criminal e adotasse hipoteticamente o procedimento de execução de alimentos (art. 733, do Código de Processo Civil): o título executivo judicial de origem criminal também não seria crédito alimentar. O rito procedimental da execução não pode alterar a origem e natureza jurídica do débito de condenação criminal.

A competência jurisdicional para a execução de multa criminal é do juízo criminal de conhecimento ou de execução criminal e não do juízo fazendário, a despeito de utilização de rito procedimental de dívida ativa da fazenda pública. O rito da execução não altera o direito material nem a competência jurisdicional.

A atribuição de movimentação da execução de multa penal é do Ministério Público e não da Procuradoria da Fazenda, por se tratar de atividade relacionada à promoção da ação penal e não cobrança de crédito tributário.

A legitimidade ativa do Ministério Público para a execução de pena criminal, especialmente a multa criminal, decorre do artigo 164, da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984). Ademais, o órgão de acusação é legitimado para a execução penal de qualquer de suas modalidades, seja a execução de pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos ou multa, por ser um dos órgãos da execução penal (art. 61, III, LEP), incumbido da fiscalização da execução da pena e da medida de segurança, oficiando no processo executivo e nos incidentes de execução (art. 67, LEP), e de requerer "todas as providências necessárias ao desenvolvimento do processo executivo" (art. 68, II, "a", da LEP), além de outras funções, como requerimento da execução de pena restritiva de direitos (art. 147, LEP) ou de requerimento para iniciação do procedimento judicial de execução (art. 195, LEP).

Como se vê, todo o sistema do ordenamento jurídico infraconstitucional prestigia e confirma a legitimidade do Ministério Público no campo penal e processual penal, no processo de conhecimento e de execução.

E não poderia ser diferente! Deve ser lembrado que o artigo 129, I, da Constituição Federal, estabelece o princípio da privatividade da ação penal pública pelo Ministério Público, que deve ser interpretado como poder de interferência e atuação em todas as fases relacionadas ao crime, desde a fase de política de segurança pública,

investigação criminal, passando pela ação penal, até a execução da pena, fase final da persecução penal estatal, além de outras atividades pertinentes. Trata-se de legitimidade constitucional do Ministério Público, de cunho político e processual (Valter Foleto Santin, *Legitimidade do Ministério Público no processo penal*, p. 13-26; *O Ministério Público na investigação criminal*, p. 218-219). A execução da pena de multa integra a persecução penal do Estado e o Ministério Público tem incumbência para buscar a efetivação do conteúdo decisório da sentença penal condenatória (Cezar Roberto Bittencourt, *Tratado de Direito Penal*, v. 1, p. 584).

No direito comparado, a atribuição de movimentação da execução de pena pecuniária é função do Ministério Público. Na Itália, O Ministério Público faz os pedidos e participa de todos os incidentes de execução (art. 655, CPP), inclusive na execução de multa (art. 660, CPP). Em Portugal, findo o prazo sem pagamento da execução, o Ministério Público "promove logo a execução" (art. 491, 2, CPP, Decreto Lei 78/1987, atualizado pela Lei 48/2007). Na Alemanha, o Ministério Público é responsável pela execução de sentenças penais (art. 451, CPP), com supervisão da aplicação das sanções, incluindo-se a conversão da multa não paga em prisão (459e). Sobre a atuação do Ministério Público na Europa, vide http://www.euro-justice.com/sitemap/. Na Argentina, o Ministério Público atua em todos os incidentes de execução penal (Jorge R. Moras Mom, *Manual de Derecho Procesal Penal*, p. 43 e 442-443).

A execução da pena é judicializada no sistema do Código Processual Penal Modelo para Íbero-América (art. 389/seguintes), com intervenção do Ministério Público nos incidentes de execução (art. 391) e previsão expressa de atuação na conversão da multa não paga em prisão (art. 395). O Código de Processo Penal do Paraguai (Ley 1.286/1998) adotou a sistemática (Código Tipo), conforme se verifica dos arts. 493, 495 e 498. No Chile, as normas sobre execução de sentença constam dos arts. 467-472, CPP, a cargo do Juízo, com intervenção do Ministério Público e da defesa (art. 466, CPP, Ley 19.696/2000). Na Bolívia, o art. 430 e seguintes tratam da execução judicial da pena, com atuação do Ministério Público e da defesa nos incidentes (art. 432, CPP, Ley 1970, de 25.02.1999).

Frise-se que a retirada da legitimidade do Ministério Público e da competência jurisdicional da Vara Criminal ou das Execuções Criminais seria um ataque fatal à multa criminal, que se não cumprida espontaneamente pelo condenado teria pouca condição de exigência e coerção penal-patrimonial. A Procuradoria Geral do Estado de São Paulo não movimenta a execução por pequeno valor do débito, possuindo patamar mínimo para execução fiscal. A situação caracteriza-se como coroamento da impunidade, velório e enterro da pena de multa.

Não se desconhece o entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça no sentido da perda da legitimidade do Ministério Público e a atribuição de representante da Fazenda Pública para a execução de multa.

O E. STJ tem se apegado à condição de "dívida de valor" da multa penal ou de "dívida ativa" para afastamento da legitimidade do Ministério Público, consideração de atribuição da Procuradoria da Fazenda Pública e existência de juízo especializado para a cobrança da dívida, não das Execuções Penais. A consideração como dívida de valor consta do REsp 1042887/MG, Relator(a) Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, j. em 18/09/2008, DJe 20/10/2008, LEXSTJ vol. 231 p. 346; AgRg no REsp 1027204, Relator(a) Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, j. em 19/06/2008, DJe 18/08/2008, v.u.; REsp 832267/RS, Relator(a) Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, j. em 20/03/2007, DJ 14/05/2007 p. 385; CAt 92/SP, Relator(a) Ministro GILSON DIPP, TERCEIRA SEÇÃO, j. em 26/10/2005, DJe 07/05/2008; REsp 286889/SP, Relator(a) Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, j. em 06/12/2005, DJ 01/02/2006, p. 475). O tratamento como dívida ativa foi feito nos REsp 286889/SP, Relator(a) Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA; CAt 92/SP, Relator(a) Ministro GILSON DIPP; REsp 169586/SP, Relator(a) Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, j. em 22/02/2005, DJ 04/04/2005 p. 236), inclusive necessidade de inscrição na dívida ativa (CAt 92/SP, Relator(a) Ministro GILSON DIPP; REsp 286889/SP, Relator(a) Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA). Sobre a característica da multa penal, tem-se entendido como "sanção penal" (REsp 832267/RS, Relator(a) Ministra LAURITA VAZ) ou "extrapenal" (REsp 286889/SP, Relator(a) Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA).

Tal postura restritiva de atuação do Ministério Público e da execução da multa criminal não merece continuar, aguardando que o E. Superior Tribunal de Justiça reveja o seu posicionamento e altere o rumo da jurisprudência, para colocar as coisas nos seus devidos lugares. Nem sempre a posição majoritária dos tribunais prevalece, até porque o movimento jurisprudencial é dinâmico e mutável, diante de interpretação e hermenêutica mais adequada ao assunto em debate.

Cabe anotar que o E. STJ já se posicionou favoravelmente à legitimidade da execução penal de multa pelo Ministério Público, em interpretação do art. 51, do Código Penal, pois "nos termos do art. 129, I, da Constituição Federal, cabe ao Ministério Público, enquanto titular da ação penal, promover a execução da pena de multa, perante o Juízo das Execuções Penais" (REsp 699286/SP, Relator(a) Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, j. em 08/11/2005, DJ 05.12.2005, p. 369, RT vol. 846, p. 556, v.u.), entendimento mais adequado à espécie.

A E. Procuradoria Geral da República ingressou em 2004 com ação direta de inconstitucionalidade do art. 51, do Código Penal, para que em interpretação conforme seja reconhecida a legitimidade do Ministério Público para ingressar com execução da pena de multa e a competência do Juízo das Execuções Criminais. A ação constitucional ainda está em andamento (ADI 3150, Rel. Marco Aurélio, in www.stf.jus.br). Os principais argumentos constantes da petição inicial são de que o caráter polissêmico do dispositivo provocou dissensão doutrinária e jurisprudencial, por entendimentos de que teria sido retirado o caráter penal da multa ou de modificação meramente procedimental, a consideração tributária de punição criminal não se compatibiliza com a Carta Política, a única interpretação viável

é a limitação dos efeitos da Lei 9.268/1996 à modificação do rito da Lei 7.210/1984 (art. 164, §2º), sem resvalar na competência da Vara de Execuções Penais, a finalidade da norma é a melhor atuação na persecução criminal e no cumprimento da pena, de tratamento processual; a privatividade da ação penal (art. 129, I, CF) abriga a execução da sentença condenatória, por compreensão instrumental, tanto da fase cognitiva como da executória, a legitimidade processual da Fazenda Pública viola frontalmente a atribuição constitucional privativa do Ministério Público e confere à Vara das Execuções Fiscais a implementação de sanção penal; o crédito tributário poderia ser exigido dos herdeiros do apenado, em afronta à responsabilidade penal pessoal, por intranscendência da sanção penal, lesionando o art. 5º, XLV, da CF/88; a menção a dívida de valor não tem o condão de alterar a natureza da multa, que é uma sanção penal, nem desviar a sua finalidade de recurso de Fundo Penitenciário; injustificável o entendimento de inscrição de multas em dívida ativa da Fazenda, pela providência absolutamente despicienda e ilegítima de transformar um título judicial em título extrajudicial; a norma jurídica é o resultado de sua interpretação, dentro do contexto da ordem legislativa como um todo, sendo que a Constituição se projeta sobre o sistema jurídico, impregnando-o de seus valores e revestindo-o dos fundamentos de validade e autoridade; alguns significados da lei podem ser compatíveis e outros inconciliáveis com o Texto Fundamental, incumbindo ao Judiciário superar o impasse, elegendo a interpretação harmônica com a Constituição, para conservar a validade da lei e prestigiar a presunção de constitucionalidade; a interpretação conforme a Constituição configura mecanismo de controle de constitucionalidade; na eleição da alternativa hermenêutica é reconhecido que a norma impugnada é constitucional quando imbuída do significado que a concilia e afirma a inconstitucionalidade do dispositivo se aplicado segundo o critério antagônico; a eliminação das hipóteses interpretativas e a aplicação de mecanismo da interpretação conforme a Constituição visa salvar a lei impugnada.

Cezar Roberto Bittencourt entende que a Lei 9.268/1996 não alterou a competência para a execução da pena de multa, ainda do Juízo das Execuções Criminais, o procedimento permanece regulado pelos arts. 164 a 169 da LEP e a legitimidade continua do Ministério Público. A pena de multa mantém a "*natureza de sanção criminal*" e considera impossível juridicamente a inscrição em dívida ativa de sentença penal condenatória, verdadeira "heresia jurídica", porque a lei não prevê a necessidade de inscrição, a eventual previsão transformaria um título judicial (sentença condenatória) em título extrajudicial (dívida ativa) e deslocaria o crédito do Fundo Penitenciário para o orçamento da União. O fundamento político-legislativo da definição como dívida de valor seria para justificar a inconversibilidade da multa não paga em prisão e possibilitar a atualização monetária (op. cit., p. 582-585).

Guilherme de Souza Nucci posiciona-se pela possibilidade de correção monetária da multa, por se tratar de simples atualização do valor da moeda, a Lei 9.268/1996 pretendeu evitar a conversão da multa em prisão, a multa continua com a natureza jurídica de sanção penal, e não civil, a competência seria da Vara das Execuções Criminais, executada pelo Ministério Público e seguido o rito da Lei 6.830/1980 (*Manual de Direito Penal*, p. 429-430; *Código Penal comentado*, p. 346).

Vladimir Brega Filho considera a expressão "dívida de valor" como esclarecimento para a incidência da correção monetária, sem transformação da natureza penal da multa, e a execução da multa deve ser promovida pelo Ministério Publico, perante o Juízo das Execuções Criminais (*A execução da pena de multa; alterações da Lei 9.268/96*).

Em sentido contrário, Damásio Evangelista de Jesus, com base na Lei 9.268/1996, pensa que o valor da pena de multa de sentença penal condenatória transitada em julgada deva ser inscrito como dívida ativa em favor da Fazenda Pública, não se procede mais nos termos dos arts. 164 e seguintes da LEP, a execução deve ser promovida pela Fazenda Pública, não mais de atribuição do Ministério Público. Anota o "caráter extrapenal" da execução, mas "a multa permanece com sua natureza penal, subsistindo os efeitos penais da sentença" (*Direito Penal*, v. 1, p. 533). Sem acréscimos, Fernando Capez adota a mesma posição (*Curso de Direito Penal*, v. 1, p. 395-397).

A decisão de indeferimento da inicial de execução de multa criminal viola e nega vigência aos artigos 164, 61, III, 67, 68, II, "a", 147, 195, da Lei de Execução Penal, Lei 7.210/1984, sob argumento de ilegitimidade de parte ativa do Ministério Público e incompetência do Juízo criminal.

A posição excludente da atuação do Ministério Público padece de inconstitucionalidade por ferimento ao artigo 129, I, da Constituição Federal, que prevê o princípio da privatividade da ação penal pelo Ministério Público e o sistema acusatório. A inviabilização da execução da sanção criminal também se configura como violação ao direito constitucional do Ministério Público de acesso à Justiça para reparação de dano integral provocado pelo crime, lesão a direito da sociedade, em afronta ao art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. E mais: um ataque à pessoalidade e intranscendentalidade da pena (art. 5º, XLV), à individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF) e ao juiz natural (art. 5º, LIII, CF).

CONCLUSÃO

Tendo em vista tais fatos, concluo:

1) A pena de multa criminal é de natureza criminal, aplicada em relação processual penal por lesão provocada pelo crime, no exercício da persecução penal estatal, sanção bem diversa do crédito tributário, que é originário de relação tributária e exercício do poder tributário;

2) O uso do rito de execução de dívida ativa da Fazenda Pública não afeta a condição essencial de multa criminal nem a transforma em crédito tributário, constituindo-se em mera forma procedimental de cobrança de dívida de natureza penal;

3) O Ministério Publico tem legitimidade constitucional e infraconstitucional para a movimentação da ação penal pública e da ação de execução de multa criminal, com evidente invasão de atribuição e ilegitimidade a atuação da Procuradoria da Fazenda na execução de multa penal.

4) A competência para o processo de execução de multa é do Juízo Criminal ou da Execução Penal, não da Vara da Fazenda Pública, por constituir matéria relativa à pena criminal, sem ligação a crédito tributário.

BIBLIOGRAFIA

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal.* 13ª ed., São Paulo: Saraiva, v. 1, Parte Geral.

BREGA FILHO, Vladimir. *A execução da pena de multa: alterações da Lei 9.268/96.* In: www.travelnet.com.br/juridica/art11_96.htm.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal.* 7ª ed., São Paulo: Saraiva, v. 1, Parte geral, 2004.

DINIZ, Maria Helena Diniz et alii. *Novo Código Civil comentado.* In: http://www.netlegis.com.br/componentes/upload/CCCOMENTADO.pdf

GOMES, Orlando. *Obrigações.* 8ª ed., Rio: Forense, 1990.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal.* 20ª ed., São Paulo: Saraiva, v. 1, Parte geral, 1997.

MASSA, Michele & SCHIPANI, Sandro. *Un 'codice tipo' di procedura penale per l'America Latina.* Padova: Cedam, 1994.

MOM, Jorge R. Moras. *Manual de Derecho Procesal Penal.* 6ª ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal.* 3ª ed., São Paulo: RT, 2007.

_____. *Código Penal comentado.* 6ª ed., São Paulo: RT, 2006.

SANTIN, Valter Foleto Santin. Legitimidade do Ministério Público no processo penal. *Justitia*, São Paulo: PGJ-APMP, v. 189-192, p. 13-26

_____. *O Ministério Público na investigação criminal.* 2ª ed., Bauru: Edipro, 2007.

SARRÁS, Sabas Chahuán. *Manual del nuevo procedimiento penal.* 3ª ed., Santiago: LexisNexis, 2007.

SOIBELMAN, Leib. *Enciclopédia do advogado.* 4ª ed., Rio: Ed. Rio, 1983.

WALD, Arnoldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Obrigações e Contratos.* 12ª ed., São Paulo: RT, 1995

034

POSSIBILIDADE LEGAL DA CITAÇÃO "INDIRETA" NO PROCESSO PENAL

Flávio Teixeira de Abreu Júnior

Promotor de Justiça/PI

1 INTRODUÇÃO

São públicos e notórios todos os problemas estruturais do Poder Judiciário, presentes também em todos aqueles que integram, em sentido lato, o SISTEMA JUDICIÁRIO (polícias civil e militar, Ministério Público e Defensoria Pública).

Ditos problemas emergem, com bastante gravidade, em momento importante da ***persecutio criminis***: a citação do réu para se defender da acusação que lhe está sendo feita.

As dificuldades para a concretização do ato citatório são muitas: vão desde o endereço errado, incompleto ou inexistente constante no inquérito policial (não poucas vezes por culpa ou inteligência do acusado) até falta de transporte para o oficial de justiça se locomover. Falta de funcionários e a própria qualificação desses, sem esquecer também atos de corrupção bastante exitosos no frustar o recebimento da cópia da proemial acusatória pelo réu.

Tais dificuldades, por mais paradoxal que seja, afloram ainda mais quando o réu está preso. É que eventual facilidade pelo fato do "endereço" do réu ser conhecido e a certeza de ele estar lá para o "ciente" não compensam a necessidade de rapidez para concretização do ato, evitando o excesso de prazo e, por conseguinte, a soltura do acusado. Ainda mais que, muitas vezes, o preso provisório está preso em estabelecimento penal sito em comarca diferente do Juízo processante.

A população, em alguns momentos, não compreende o alcance das garantias individuais e não assimila muito bem a liberdade provisória ou a desnecessidade da custódia preventiva de um acusado de um crime bárbaro. Mas quando a liberdade do acusado acontece pelo famigerado excesso de prazo, a sociedade tem a percepção de que a JUSTIÇA **não está trabalhando**. E esse entendimento é perigoso, pois contribui para o descrédito do Poder Judiciário, respingando também no Ministério Público. E não raramente é cadinho para a vingança privada ou porta aberta para a impunidade, pois os acusados fogem para sempre... Em resumo, atenta contra a **paz social**.

Este estudo pretende demonstrar que, **em determinados casos**, mesmo pela legislação em vigor, a citação do réu preso pode ser feita, ou ser considerada realizada, por meio do advogado do acusado, diminuindo os casos de soltura dos presos por excesso de prazo.

Mas embora a legislação atual – como se verá – permita a citação "indireta" do acusado, é de todo recomendável que se faça inserir, na legislação especial, de maneira expressa, tal permissão.

2 A CITAÇÃO

Ao contrário do Código de Processo Civil (art. 213), não há no Código de Processo Penal conceito expresso para citação. Sirvo-me de MIRABETE para lembra-lo:

> **Assegurado pela Constituição Federal o princípio da ampla defesa, é imprescindível que sejam os acusados cientificados da existência do processo e de todo o seu desenvolvimento. Ninguém pode ser processado sem que tenha ciência da acusação que se lhe faz, o que é feito por meio do ato processual denominando citação. A citação é, assim, o chamamento a juízo para que o acusado se defenda na ação. É ela ato essencial do processo, imposição categórica de garantia constitucional da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF) e sua falta é causa de nulidade absoluta do processo (art. 564, III, e, do Código de Processo Penal). A falta ou nulidade da**

citação, porém, "estará sanada, desde que o interessado compareça antes de o ato consumar-se, embora declare que o faz para o único fim de argüi-la" (art. 570, 1ª parte, do Código de Processo Penal). Quando se tratar de citação incompleta, havendo omissão de formalidade que constitui elemento essencial do ato (art. 564, IV), a nulidade deixará de ser absoluta para se tornar relativa, resultando sanada se não for argüida nas alegações finais, nos termos do art. 571, VI, do citado Estatuto processual (arts. 564, IV, e 572).

A citação pode ser real (ou pessoal, in faciem) ou ficta (presumida). Dá-se a primeira quando realizada na pessoa do próprio acusado, tendo ele conhecimento de fato de seu chamamento, por mandado, requisição, precatória, rogatória ou carta de ordem. A citação ficta, que ocorre quando se presume que tenha o acusado tido conhecimento da imputação, é a realizada através de editais.

3 DO ADVOGADO DO ACUSADO

Geralmente os advogados recebem um mandato ***ad judicia***, pelo que recebem poderes gerais para o foro. Não podem, por exemplo, **receber citação.**

4 DA SITUAÇÃO SOB ESTUDO

Obrigatoriedade da citação pessoal do réu preso. Vedação legal do procurador para receber citação. A princípio, a hipótese da citação "indireta do réu" parece descartada. Entretanto, não é bem assim.

Como assinalou o professor MIRABETE, **a citação é o chamamento a juízo do acusado para que se defenda na ação**. Essa defesa tem que ser feita por advogado ou defensor público (art.261, ***caput***, CPP).

Na nossa atual legislação (procedimentos ordinário e sumário), a primeira intervenção (salvo outros incidentes) do defensor acontece para apresentação da resposta escrita (art. 396, CPP). Evidente que se presume que, ao ser citado, o acusado entre em contato com o advogado ou com o defensor público, para que o contactado tome as providências cabíveis, entre elas a mencionada resposta escrita.

Ocorre que, mormente estando os acusados presos e poderem contratar advogado, mesmo antes de o auto de flagrante chegar a Juízo, os causídicos aforam pedidos de relaxamento do flagrante, de liberdade provisória, de revogação de prisão preventiva. E essas súplicas são ajuizadas/reiteradas também **após** a expedição do mandado de citação.

Em casos extremos, mesmo com o mandado de citação expedido, são ajuizados pedidos de relaxamento da prisão por **excesso de prazo**, em que se alega o acusado **não ter sido ainda citado**. É a situação objeto deste estudo.

5 DA CITAÇÃO "INDIRETA"

Ainda do escólio de MIRABETE, sorve-se que "a ***citação ficta, que ocorre quando se presume que tenha o acusado tido conhecimento da imputação, é a realizada através de editais...***". Mas a Lei 11.719/08 introduziu no CPP (art. 362) uma outra citação ficta – a citação por hora certa.

De qualquer sorte, tanto na citação por edital como na citação por hora certa, a presunção que o acusado tenha tido conhecimento da imputação é, fática ou juridicamente, bem **menor** que a presunção (na realidade certeza) de que ele tomou conhecimento da acusação por meio do advogado que peticionou nos autos com a denúncia já formulada. Pensar o contrário seria desacreditar o próprio trabalho profissional do advogado.

Pode-se argumentar que os dois tipos de citação estão na lei, que também exige a citação pessoal do réu preso.

A Lei 10.792/03 tornou necessária a citação pessoal do réu preso a fim de se evitar claro cerceamento de defesa, inclusive por via transversa sedimentado na Súmula 351, do STF.

Ao considerar que "é nula a citação por edital de réu preso na mesma unidade da Federação em que o juiz exerce a sua jurisdição", o Pretório Excelso dava ensancha ao pensamente de que a citação editalícia pudesse ser feita a réu preso em unidade federada **diferente** daquela em que o juiz exerce a sua jurisdição. É evidente que tal possibilidade era absurda, pois o réu, nesse caso, não estava podendo exercitar sua ampla defesa, por culpa exclusiva da falta de comunicação entre os órgãos de segurança/justiça do país.

Tudo gira, pois, em torno de se assegurar ao réu preso "a comunicação prévia e pormenorizada da acusação formulada bem como ter prazo para preparar sua defesa", como aliás consta no art. 8º, b e c do Pacto de São José da Costa Rica.

Como já consignado, não há como se aceitar que o advogado criminal postule em juízo (salvo em casos excepcionalíssimos) sem ter se avistado com seu cliente. E se ingressa em juízo (ou mesmo que já esteja antes atuando) **após** o ajuizamento da inicial acusatória, comunica ao denunciado o teor da denúncia, pois somente assim poderá apresentar a resposta escrita nos moldes estabelecidos no art. 396-A, do Código de Processo Penal.

O denunciado fica, então, **ciente da acusação que lhe está sendo feita** (que nada mais é que o objetivo do ato citatório) e, há de se convir, da maneira mais confiável e técnica possível, pois através de seu advogado.

Essa a situação. Inadmissível o denunciado, via advogado, invocar excesso de prazo alegando que o processo se encontra paralisado e que ainda não foi sequer citado (entendido aí não o ato de citação, mas **a ciência da acusação**).

Isso, com a devida vênia, atenta contra o dever de lealdade que deve existir no processo e contra os princípios da celeridade processual e da duração razoável do processo, que devem ser observados por todos.

Por outro lado, **não vai ser o simples ingresso do pedido em juízo que vai abrir o prazo** para a apresentação da resposta. Juntado aos autos o pedido e verificando o escrivão já haver denúncia recebida, emitirá imediatamente notificação para que o advogado signatário apresente a resposta escrita, no prazo legal. Mesmo na hipótese que o advogado tenha ingressado sem instrumento procuratório (art. 37, ***caput***, CPC) e depois não apresentar resposta escrita, o acusado não fica prejudicado, pois o juiz nomeará defensor para faze-lo (arts.396-A, § 1° ou art. 408, CPP; art. 55, § 3°, Lei 11.343/06).

Acrescente-se ainda que atualmente o legislador não permitir ao réu apresentar a resposta escrita, ao contrário de antes, quando o próprio réu poderia fazer sua defesa prévia (antigo art. 395 do CPP – o réu ou seu defensor poderá, logo após interrogatório, ou no prazo de 3(três) dias, oferecer alegações escritas e arrolar testemunhas)

Com essa citação "indireta", que não exclui as providências normais para a citação pessoal, muitos excessos de prazos seriam evitados, e seria impedida a soltura de criminosos altamente perigosos, que muitas e muitas vezes "dão uma mãozinha" à já deficiente estrutura do Poder Judiciário para que suas citações nunca aconteçam ou aconteçam somente após configurado o excesso de prazo.

6 CONCLUSÃO

01 – Considerando que citação é o ato pelo qual o réu toma ciência da acusação que lhe está sendo feito e que o advogado o representa, se esse ingressa com qualquer pedido nos autos **após o recebimento** da denúncia, há que se presumir que o réu tomou ciência da acusação pelo causídico.

02 – Estando o réu ciente da acusação, o advogado subscritor do pedido pode ser notificado para apresentar resposta escrita.

03 – O direito do réu à comunicação prévia e pormenorizada da acusação formulada bem como ter prazo para preparar sua defesa, como estabelece o Pacto de São José da Costa Rica fica assegurado, pois ainda que mencionado causídico não ofereça a resposta escrita, o juiz nomeará defensor para faze-lo.

04 – Essa citação indireta, que não afronta a lei, evitará muitos casos de excesso de prazo, principalmente em processos cujos acusados, por poder político ou econômico, conseguem procrastinar a citação até se configurar o excesso. Diminuindo as solturas de presos por excesso de prazo, aumentará a credibilidade na Justiça e diminuirá a sensação de impunidade, contribuindo para a paz social.

05 – É de todo recomendável que a citação indireta fique expressa no Código de Processo Penal.

PS.: Quero expressar meus agradecimentos ao Dr. ELOI PEREIRA DE SOUSA JÚNIOR, Promotor de Justiça da 1ª Promotoria de Picos, que fez algumas considerações utilizadas por mim no presente trabalho,

Literatura consultada

MIRABETE, Julio Fabbrini. A citação nos Juizados Especiais Criminais. Juris Plenum Ouro, Caxias do Sul: Plenum, n. 8, jul./ago. 2009. 1 DVD. ISSN 1983-0297.

035

A MISSÃO DE PACIFICAÇÃO SOCIAL DO DIREITO PENAL PELA VIA DO TIPO PENAL DE PERIGO

Marcondes Pereira de Oliveira[1] e Sérgio Reis Coelho[2]

Promotores de Justiça/PI

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo trazer à luz a necessária discussão sobre a possibilidade de que a missão[3] de pacificação social, reservada ao Direito Penal, esteja sendo cumprida quando se faz usos dos tipos penais de perigo abstrato.

Entende-se, então, que o Direito Penal para vir a cumprir a sua missão de pacificação social, o mesmo assume como função[4] primordial a proteção dos bens jurídicos.

Partindo-se da premissa de que a teoria[5] da proteção dos bens jurídicos é a idéia reitora na elaboração dos tipos penais, há que se compreender que o legislador ao fazer opção pela estrutura de tipo penal de perigo, em lugar da estrutura típica de lesão, o faz, ou deverá fazê-lo[6], no sentido de melhor proteger o bem jurídico-penal que esteja em questão.

Entretanto, discute-se[7] intensamente sobre a legitimidade dos tipos penais de perigo abstrato e sua adequação para proteger bens jurídicos coletivos. Conforme esclarece GREGO[8], a problemática em torno da "teoria do bem jurídico" discute-se: o que proteger? Enquanto, a problemática em torno da "estrutura do delito" discute-se: como proteger?

---

[1] Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Piauí. Mestrando em Ciências Jurídicos Penais pela Universidade Autônoma de Lisboa.

[2] Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Piauí. Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito Econômico e Social pela PUCPR.

[3] O termo "missão", nesta acepção, é sempre usado pra relacionar com aquilo que é pretendido, algo não real, mas que é buscado.

[4] O termo "função", nesta acepção, é sempre usado pra relacionar com o direito penal posto, o que pode ser verificado e constatado; Aquilo que é factual.

[5] Pensamento dominante conforme admite **JAKOBS**, Günther, "O que protege o direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma?", in **AAVV**, *Direito Penal e Funcionalismo*, Coordenação e tradução de André Luís Callegari [et. al.], Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora – 2005, p.31: "*De acordo com uma opinião bastante difundida, que inclusive é a doutrina dominante, o direito penal serve para a proteção de bens jurídicos.*". O referido autor possui opinião contrária a este pensamento. Céticos **HIRSCH**, Andrew von, "El concepto de bien jurídico y el 'Principio del daño'", in **HEFENDEHL,** Roland (ed), *La teoría del bien jurídico – ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons – 2007, p.37 e **STRATENWERTH**, Günter, "La criminalización em los delitos contra bienes jurídicos coletivos", in **HEFENDEHL**, *ob. cit.*, p.365.

[6] Neste sentido **SILVA**, Fernando, *Direito Penal Especial: os crimes contra as pessoas*, Lisboa, Quid Juris – 2005, p.22. "*A tipificação das condutas estabelece-se em função das características do bem jurídico. O legislador fixa uma estratégia de protecção do bem jurídico, atendendo às suas características, ao modo como as lesões ou as situações de perigo normalmente ocorrem, procurando obter a maior eficácia no combate a essas condutas.*"

[7] Em relação ao direito penal português Cfr. **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, p.309. Em relação ao direito penal alemão Cfr. **ROXIN**, Claus, *A proteção dos bens jurídicos com função do Direito Penal*, Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli, Porto Alegre, Livraria do advogado editora – 2006, p.28.

[8] **GRECO**, Luís, "Breve reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no direito penal", in **AAVV**, *Direito Penal – Aspectos jurídicos controvertidos*, Coordenação Alexis Augusto Couto de Brito e Maria Patrícia Vanzolini, São Paulo, Quartier Latin – 2006, p.166.

A propósito a crítica feita por HASSEMER ao paradigmático Direito Penal Moderno através da ilustração "dialética da modernidade"[9], pela qual demonstra que a mesma função fundamentadora ao direito penal, constante da teoria dos bens jurídicos que no Direito Penal Clássico servia de critério negativo de criminalização passa a servir, na modernidade, como critério positivo[10] de criminalização, além do uso massivo da estrutura típica de perigo abstrato[11] como instrumento que amplie a sua capacidade.

A grande certeza é de que o direito penal de hoje vem se expandindo de forma agressiva; ampliou a sua capacidade. A grande dúvida é se a missão de pacificação social resta cumprida. Haja vista que se a função é determinada em torno da missão, se a primeira é questionada isto reflete automaticamente nesta última.

O que é indiscutível é que o tipo penal de perigo antecipa a tutela penal, seja para um resultado de perigo seja para uma abstração, realidade que deve ser tratada no âmbito da dogmática penal e no âmbito da política-criminal. Há que se discutir a legitimidade da norma penal sob o prisma da idoneidade, da necessidade e adequação.

FUNDAMENTAÇÃO

Se se parte da premissa de que os tipos penais são estruturados em função de uma melhor proteção do bem jurídico tutelado pela norma, pode-se afirmar que, a depender da importância do bem jurídico e da periculosidade abstrata da conduta, o legislador poderá fazer opção[12] por uma estrutura típica de perigo. A periculosidade da conduta é motivo para a sua proibição. Neste ponto há um tensionamento, haja vista que o princípio da proporcionalidade, bem como a correspondente proibição de excessos por parte do Estado, impõe fundamentar o tipo penal de perigo, pelo que se falar em "equivalência material" e "causalidade lesiva real".[13]

A justificar, fundamentar e legitimar esta indesejada antecipação da tutela penal pode ser útil o pensamento da "acumulação" e da "preparação".

O pensamento da "acumulação" está consubstanciado em que, uma conduta inócua do ponto de vista do risco ao bem jurídico quando praticada de forma isolada, acaso venha ser praticada em grande escala irá gerar um efeito acumulador, com conseqüências de risco real de depreciação do bem jurídico protegido. O que justifica a proibição de cada conduta isoladamente, sob ameaça de pena criminal, em virtude da real periculosidade de inúmeras condutas praticadas na mesma direção.

Por sua vez, a idéia de "preparação" consiste em que, o direito penal deve intervir quando a conduta normalmente possui efeito preparador a uma posterior conduta delitiva, por parte de terceiros ou do próprio agente, ou seja, encontra-se amparada na idéia de que a prática da primeira conduta, ou o seu resultado, servirá de apoio para a conduta delitiva subseqüente.

A sistematização dessas idéias resultou em uma nova classificação dos tipos delitivos, em substituição à classificação tradicional, isto em relação ao referencial objeto do bem jurídico-penal.

A partir de análise crítica feita com base na teoria do bem jurídico, uma parte da doutrina[14] pretende refutar a classificação tradicional de tipos delitivos, a qual leva em consideração o nível de afetação do bem jurídico que é objeto de proteção da norma, para sistematizar os tipos penais em: "delitos de lesão", "de perigo concreto" e "de perigo abstrato".[15] Nesta classificação tradicional, é comum admitir-se que dentro da categoria dos "delitos de resultado", existam as subcategorias[16] "delitos de lesão" e "de perigo concreto", conformadas em função da

---

[9] O autor faz referência à "dialética da ilustração" de Horkhemer e Adorno.

[10] "O princípio da proteção dos bens jurídicos transforma-se de uma proibição limitada de punição em uma ordem de punição, de um critério negativo em um critério positivo de autêntica criminalização." **HASSEMER**, Winfried, "Características e crises do moderno direito penal" (1992), *Revista de Estudos Criminais*, ano III, vol.08, Porto Alegre, Notadez/PUCRS – 2003, p.58.

[11] "Os bens jurídicos universais e os crimes de perigo abstrato, como instrumentos da moderna legislação penal, levam consigo ainda um outro problema, o qual não se deve estimar como insignificante. Se se trabalha nos âmbitos mencionados com os referidos instrumentos penais, então se reduz, a longo prazo, a clareza e a percepção do injusto. As descrições dos delitos do moderno Direito Penal são orientadas pela criminalidade absolutamente sem vítimas ou com vítimas rarefeitas. Não se exige mais um dano." **HASSEMER**, Winfried, *ob.cit.*, p.60.

[12] Neste sentido **SILVA**, Fernando, *ob. cit.*, p.22. "*A tipificação das condutas estabelece-se em função das características do bem jurídico. O legislador fixa uma estratégia de protecção do bem jurídico, atendendo às suas características, ao modo como as lesões ou as situações de perigo normalmente ocorrem, procurando obter a maior eficácia no combate a essas condutas.*"

[13] Cfr. **HEFENDEHL**, Roland, "El bien jurídico como eje material de la norma penal", in **HEFENDEHL,** Roland (ed), *ob. cit.*, p.194, citando JÄGER.

[14] "*Dado que los tipos penales a los que se alude habitualmente con el término 'delitos de peligro abstracto' de ninguna manera constituyen una tipologia delictiva delictiva homogênea, sino un conjunto heterogêneo de tipos penales con un potencial de riesgo absolutamente diferente,...*". **HIRSCH**, Andrew von; **WOHLERS**, Wolfgang, "Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los critérios de una imputación justa", in **HEFENDEHL,** *ob. cit.*, p.288.

[15] Há quem faça referência a uma terceira categoria: Os crimes de aptidão ou de perigo abstrato-concreto. Cfr. **ROXIN**, Claus, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I - Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, Tradução da 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Reimpresión 1ª Edición (1997), Madrid, Civitas Ediciones SL – 2006, p.411, citando SCHRÖDER. **FIGUEIREDO DIAS**, *ob. cit.*, p.310, citando ROXIN e BOCKELMANN.

[16] "*Por delitos de resultado se entiende aquellos tipos en los que el resultado consiste en una consecuencia de lesión o de puesta en peligro separada espacial y temporalmente de la acción del autor.*" **ROXIN**, Claus, *ob. cit.*, p.328. Ou o reverso, ou seja, a categoria delitos de resultado compreende: resultado de dano/lesão e resultado de perigo, em contraposição à categoria dos delitos de mera atividade relacionados com os tipos de perigo abstratos.

intensidade de depreciação ao bem jurídico protegido pela norma, sendo o primeiro identificado quando o resultado é um dano e o segundo, por exclusão, quando o resultado se consubstancia em uma ameaça[17], restando os "delitos de perigo abstrato" como que identificados com a categoria dos "delitos de mera atividade", já que aqueles permitem a sanção em função da conduta, independentemente de existir alguma ameaça concreta ao bem jurídico protegido pela norma.[18] No entanto, FIGUEIREDO DIAS[19] demonstra a existência de autonomia entre estes dois planos de classificação, apontando a combinação: crime de mera atividade e de dano, a exemplo do tipo penal de invasão de domicílio.

A nova proposição classificativa encontra-se fundamentada na exigência de um agrupamento homogêneo em relação à forma de afetação do bem jurídico protegido pela norma, numa sistematização que compreende os "delitos preparatórios", os "delitos cumulativos" e os "delitos de perigo concreto".[20] Os primeiros se caracterizam em virtude do potencial de risco se consubstanciar em uma necessária conduta posterior combinada com a conduta em trato, a exemplo o tipo delitivo de porte de arma de fogo.[21] O segundo grupo classificatório se caracteriza em virtude de a afetação ao bem jurídico somente ocorrer quando um significativo número de indivíduos pratica a conduta vedada, que se torna perigosa, ou danosa, em razão exatamente da quantidade de infrações, a exemplo os tipos penais que normalmente povoam as leis de proteção do meio ambiente.[22] Por fim, o último grupo se caracteriza pela conduta de criar um perigo que foge ao controle do autor, sendo por isso hábil a conduzir à afetação do bem jurídico protegido; a guisa de exemplo, podem-se citar os tipos penais normalmente utilizados nas leis de trânsito.[23]

Neste contexto, pode-se considerar que os "delitos de perigo abstrato", categoria constante da classificação tradicional, estariam contemplados, dentro da nova proposição classificatória, nas categorias dos "delitos preparatórios" e dos "delitos cumulativos", não obstante a inutilidade deste relacionamento, senão como forma de entender o motivo da criminalização e justificá-la.

Sem embargo de existir uma aptidão para o resultado danoso ao bem jurídico, ou seja, de existir uma causalidade abstrata, potencial ou virtual, entre a conduta tida como perigosa e o resultado danoso que ocorre na maioria dos casos, há que se considerar válida a crítica que questiona a existência de uma justa imputação nos casos de tipicidade de perigo, nos delitos classificados como "preparatórios". A questão que se coloca com essa crítica[24] em relação aos "delitos preparatórios" está vinculada com a questão pertinente à imputação das denominadas ações cotidianas ou ações neutras.[25] Nestas, condutas normalmente inócuas servem de base para que terceiros lesionem bem jurídico penalmente protegido; já nos "delitos preparatórios", condutas são tipificadas ante a demonstração, causal-abstrata, de que são perigosas, na medida em que normalmente servem de base para lesão ou colocação em perigo de bens jurídicos. Há que ressaltar que a causalidade, enquanto prognose, nesta questão de construção do tipo penal, é problema afeto ao âmbito de política-criminal[26] e não do âmbito da dogmática penal. Questão que se coloca de forma similar nos "delitos cumulativos", pois nestes há que se valer das ciências empíricas, no sentido de demonstrar, mesmo em nível de probabilidade e prognósticos, não só os efeitos danosos da acumulação, bem como a tendência crescente na realização das condutas que gerem efeitos cumulativos. Isto no

---

[17] "*Desde estas premisas entiendo el peligro penalmente relevante como un resultado objetivo sobre el que, realizado un juicio de previsibilidad, se llega a la conclusión de que la posibilidad de lesionar el bien jurídico que se pretende proteger adquiere relevancia típica.*" **MORENO ALCÁZAR**, Miguel Angel, *El concepto penal de incêndio desde la teoría del caos – Una perspectiva sistémica de los bienes jurídicos colectivos, del peligro y de su causalidad*, València, Tirant lo Blanch y Universitat de València – 2002, p.383.

[18] "*Nos delitos de perigos abstratos pune-se, ou busca-se evitar, uma simples realização humana, bastando mera conduta para a perfeita tipicidade (crimes de mera conduta perigosa).*" **SALVADOR NETTO**, Alamiro Velludo, *Tipicidade Penal e Sociedade de Risco*, Quartier Latin, São Paulo – 2006, p.108. Neste mesmo sentido **SILVA FERNANDES**, Paulo, *Globalização, "Sociedade de risco", e o futuro do Direito Penal*, Almedina, Coimbra – 2001, p.94.

[19] **FIGUEIREDO DIAS**, Jorge de, *ob. cit.*, p.312.

[20] **HIRSCH**, Andrew von; **WOHLERS**, Wolfgang, *ob. cit.*, p.289.

[21] Lei brasileira de controle de arma de fogo (SINARM), Lei 10.826/2003, Art. 14. Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

[22] Lei brasileira dos crimes ambientais, Lei 9605/98, Art. 29. Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida: Pena - detenção de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e multa.

[23] Código Brasileiro de Trânsito, Lei 9503/97, Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem: Penas - detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

[24] "*La ampliación del ámbito de responsabilidad del individuo a la conducta de otras personas em general es contraria al principio de la responsabilidad personal.*" **HIRSCH**, Andrew von; **WOHLERS**, Wolfgang, *ob. cit.*, p.291.

[25] Cfr. **GRECO**, Luís, *Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação*, Rio de Janeiro, Renovar – 2004, p. xy.

[26] Há que se lembrar que a teoria do bem jurídico está presente não tão-somente na interpretação das normas penais vigentes, mas também desenvolve pretensão de legitimação do Direito Penal, oportunidade em que é ferramenta não só do aplicador do direito, mas do próprio legislador. Cfr. **SILVA**, Fernando, *ob. cit.*, p.21. "*Identificados os bens jurídicos a proteger pelo direito penal, o legislador procede à escolha dos comportamentos que pela sua gravidade e grau de ameaça se consideram intoleráveis e, por isso, merecedores de incriminação, bem como à selecção da técnica de tipificação adequada.*"

sentido da legitimação da norma penal estruturada em tipo próprio dos "delitos de cumulação" e dos "delitos preparatórios".

Torna-se oportuno que aqui se trace um paralelo de apresentação da crítica feita no sentido de relacionar o plano de uma nova classificação dos tipos delitivos com o plano de classificação dos últimos tipos delitivos mencionados, crítica cujo fito é demonstrar não só que existe independência entre os planos classificatórios (não tão evidente na classificação tradicional), bem como que esta se perfaz em função de serem distintos os objetos de referência para delimitação das categorias em comparação.

Partindo da premissa de que a primeira categorização da classificação tradicional (delitos de lesão, delitos de perigo concreto e delitos de perito abstrato) está a relacionar a conduta com o bem jurídico protegido pela norma, enquanto que a segunda categorização desta mesma classificação (delitos de resultado e delitos de mera atividade) foi elaborada levando-se em conta uma estrutura do tipo que descreve a conduta humana causadora de agressão a bens jurídicos, ou seja, o referencial é o objeto da ação, assim, a nova proposição classificatória (delitos de cumulação, delitos preparatórios e delitos de perigo concreto) identifica dois planos distintos relacionados ao objeto de referência: um o "objeto da ação",[27] outro o "objeto do bem jurídico" protegido.[28] O referencial não pode ser coincidente, haja vista a diferença existente entre os planos de classificação (em um a ação, em outro o bem jurídico), bem como o fato de que o objeto da ação nem sempre coincidir com o objeto que encarna o bem jurídico protegido (ou substrato material do bem jurídico), tampouco o referencial pode ser o próprio bem jurídico.[29]

Assim, a categorização que se estabelece em função da estrutura típica que descreve comportamentos que se realizam em detrimento de bens jurídicos (resultado e mera atividade), possui como referencial o "objeto da ação" humana descrita no tipo[30], ao passo que a categorização que se estabelece em função da depreciação do bem jurídico protegido (lesão e perigo: abstrato e concreto), possui como referencial o "objeto do bem jurídico" protegido pela norma. Desta perspectiva crítica, há compatibilidade em se identificar um determinado tipo delitivo na primeira categorização, como "delito de resultado", e já na segunda categorização como "delito de perigo abstrato" (delitos preparatórios e cumulativos, pela nova classificação), em virtude de o respectivo tipo possuir estrutura própria do delito de resultado (por existir dano ou ameaça ao objeto da ação), não obstante inexistir, por enquanto, dano ou ameaça ao objeto que concretiza o bem jurídico protegido pela norma.[31] Isto se torna mais evidente, se se admite a nova proposta de classificação em que o "delito de perigo abstrato" é visto como "delito de acumulação",[32] em que normalmente é inquestionável um resultado danoso ao objeto da ação humana, entretanto, o objeto que encarna o bem jurídico protegido somente se vê ameaçado na hipótese de a conduta se repetir em escala alarmante.[33] Neste ponto, há que lembrar que o termo "resultado", em dogmática penal, pode possuir uma conotação naturalística[34] ou jurídica, desde que esteja relacionado com o objeto material da conduta (objeto da ação) ou com o objeto protegido pela norma (objeto do bem jurídico).[35] Os problemas abordados no estabelecimento dos nexos de causalidade e de imputação objetiva, são problemas afetos aos delitos cuja estrutura típica exige que se produza um resultado sobre o objeto da ação humana, independentemente do nível de afetação do objeto que concretiza o bem jurídico protegido.

---

[27] *"El objeto de la acción es la entidad concreta, real, existente, corpórea ou incorpórea, en la cual desemboca la acción típica, es decir, a la que va referida."* **SCHULENBURG**, Johanna, "Relaciones dogmáticas entre bien jurídico, estructura del delito e imputación objetiva", in **HEFENDEHL**, Roland (ed), *ob. cit.*, p.354.

[28] *"La noción de objeto del bien jurídico caracteriza, por el contrario, aquel objeto que representa una concreción en sentido de una 'encarnación' o 'realización' del bien jurídico protegido por el tipo."* **SCHULENBURG**, Johanna, *ob. cit.*, p.355. A título de exemplo a autora cita o tipo de furto, onde o objeto da ação é a *res furtiva*, o objeto do bem jurídico é o domínio sobre a mesma e o bem jurídico é a instituição patrimônio.

[29] Seria inócuo conforme demonstra Seelmann: *"No le fue mejor a la distinción de BINDING entre infracciones penalmente relevantes y peligros concretos, de un lado, y peligros abstractos propios del Derecho de policía, del otro. Al fin y al cabo, según el grado de abstracción del bien jurídico, cualquier hecho puede ser clasificado como un delito de lesión."* **SEELMANN**, Kurt, "El concepto de bien jurídico, el *Harm Principle* y el modelo del reconocimiento como criterios de merecimiento de pena", in **HEFENDEHL**, *ob. cit.*, p.380. O autor segue a classificação dada por Wohlers/Hirsch: Delitos de perigo concretos, Delitos cumulativos e Delitos de preparação.

[30] **SCHULENBURG**, Johanna, *ob. cit.*, p.362. Encontra a nominação "substrato material do bem jurídico" em **MENDES**, Paulo de Sousa, *Sobre a capacidade de rendimento da idéia de diminuição do risco – Contributo para uma crítica à moderna teoria da imputação objectiva em direito penal*, Lisboa, AAFDL – 2007, p.16.

[31] Cfr. **SCHULENBURG**, Johanna, *ob. cit.*, p.360.

[32] Classificação seguida por **HIRSCH**, Andrew von; **WOHLERS**, Wolfgang, *ob. cit.*, p.289.

[33] Nos crimes ambientais o bem jurídico protegido pela norma é, geralmente, o meio ambiente, enquanto o objeto da ação descrita no tipo penal é, por vezes, um animal silvestre, uma árvore nativa, etc., ou seja, com a ação destrói-se a árvore, a floresta, no entanto, o meio ambiente é, tão somente, ameaçado.

[34] *"El bien jurídico no es idéntico al resultado típico. La lesión de aquél significa el menoscabo de la pretensión de validez de un valor ideal mientras que, por el contrario, el injusto del resultado consiste en la lesión o puesta en peligro del objeto material del delito."* **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, p.275.

[35] *"No sentido naturalístico, o resultado é a mudança ocorrida na realidade material, no mundo fenomênico, produzida pela conduta humana. Na perspectiva jurídica, por outro lado, o resultado é a violação aos bens e interesses protegidos pela norma jurídico-penal."* **ROCHA**, Fernando A. N. Galvão da, *Imputação Objetiva*, Coleção mandamentos de Ciências Criminais, Belo Horizonte, Mandamentos – 2002, p.9

Ao lado do plano de classificação dos tipos penais em que o objeto de referência é o objeto da conduta e a sistematização é tradicionalmente feita em tipos de resultado e tipos de mera atividade, há que relacionar o plano de classificação em que o objeto de referência seja o objeto do bem jurídico, adotando, além da antiga sistematização (tipos de lesão, de perigo concreto e de perigo abstrato), uma nova sistematização (tipos cumulativos, tipos preparatórios e tipos de perigo concreto), no sentido de poder visualizar e discutir a problemática da legitimação em relação aos tipos de perigo abstrato.

Se estamos acertados em que os tipos delitivos devem ser elaborados com o fito de proteção dos bem jurídicos, respeitando também os princípios da fragmentariedade, da subsidiariedade e da proporcionalidade, nos resta, ainda, exigir que as condutas descritas possuam idoneidade[36] para depreciar bens jurídicos; o que, neste aspecto, podemos recorrer à idéia da acumulação[37] e da preparação.

CONCLUSÃO

A legitimação de tipos penais com fundamento na idéia de acumulação é possível em âmbitos tais como o do meio ambiente, em que o nível de degradação do bem jurídico, por um lado, indica a generalização de condutas agressivas e, por outro lado, indica o esgotamento da capacidade de suportar tais agressões.

A legitimação dos tipos penais com fundamento na idéia de "preparação" se apresenta possível, no mínimo em situações tais em que a conduta perigosa não possui qualquer utilidade social senão cria condição de risco no sentido de que sirva para alavancar a conduta delituosa de terceiros.

Não obstante, os argumentos legitimadores dos tipos penais, e aqui especificamente os tipos penais de perigo, há que passar pela premente discussão sobre a missão pacificadora do Direito Penal. Se se firma o entendimento de que os tipos penais não se encontram suficientemente estruturados em torno da função de proteção dos bens jurídicos relacionados às liberdades garantidas no contrato social, há de se concluir que, neste ponto, que a justiça penal não está promovendo a pacificação social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOTINI, Peirpaolo Cruz, *Crimes de Perigo Abstrato e Princípio da Precaução na Sociedade de Risco*, RT, São Paulo – 2007.

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, *Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação*, Rio de Janeiro, Renovar – 2004.

_____, "Breve reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no direito penal", in **AAVV**, *Direito Penal – Aspectos jurídicos controvertidos*, Coordenação Alexis Augusto Couto de Brito e Maria Patrícia Vanzolini, São Paulo, Quartier Latin – 2006.

HASSEMER, Winfried, "Características e crises do moderno direito penal" (1992), *Revista de Estudos Criminais*, ano III, vol.08, Porto Alegre, Notadez/PUCRS – 2003.

HEFENDEHL, Roland (ed), *La teoría del bien jurídico – ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons – 2007.

JAKOBS, Günther, "O que protege o direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma?", in **AAVV**, *Direito Penal e Funcionalismo*, Coordenação e tradução de André Luís Callegari [et. al.], Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora – 2005.

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.

MENDES, Paulo de Sousa, *Sobre a capacidade de rendimento da idéia de diminuição do risco – Contributo para uma crítica à moderna teoria da imputação objectiva em direito penal*, Lisboa, AAFDL – 2007.

MORENO ALCÁZAR, Miguel Angel, *El concepto penal de incêndio desde la teoría del caos – Una perspectiva sistémica de los bienes jurídicos colectivos, del peligro y de su causalidad*, València, Tirant lo Blanch y Universitat de València – 2002.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da, *Imputação Objetiva*, Coleção mandamentos de Ciências Criminais, Belo Horizonte, Mandamentos – 2002.

[36] **BOTINI**, Peirpaolo Cruz, *Crimes de Perigo Abstrato e Princípio da Precaução na Sociedade de Risco*, RT, São Paulo – 2007, p.213, neste sentido se refere ao princípio da lesividade, condutas que "ostentem periculosidade evidente".

[37] Com entendimento contrário **BOTINI**, Peirpaolo Cruz, *ob. cit.*, p.240: "*Não existe risco ex ante em atividades que, apenas por multiplicação e por repetição, formam um perigo consistente; logo, não existem condições materiais para infligir tipicidade a estes atos.*"

ROXIN, Claus, *A proteção dos bens jurídicos com função do Direito Penal*, Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli, Porto Alegre, Livraria do advogado editora – 2006.

_____, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I - Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, Tradução da 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Reimpresión 1ª Edición (1997), Madrid, Civitas Ediciones SL – 2006.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo, *Tipicidade Penal e Sociedade de Risco*, Quartier Latin, São Paulo – 2006.

SILVA, Fernando, *Direito Penal Especial: os crimes contra as pessoas*, Lisboa, Quid Juris – 2005.

SILVA FERNANDES, Paulo, *Globalização, "Sociedade de risco", e o futuro do Direito Penal*, Almedina, Coimbra – 2001.

040

A PENA DE MULTA E SUA EFICÁCIA EXECUTIVA

Sheilla Maria da Graça Coitinho das Neves

Procuradora de Justiça/BA

SÍNTESE DOGMÁTICA

A pena de multa configura-se em importante tendência da política criminal contemporânea, sendo adequada à criminalidade de baixo relevo. Mas a eficácia desta espécie de sanção está diretamente relacionada com a forma de promover a sua execução, que deverá, em respeito à sua essência de pena, ser movida pelo Ministério Público, órgão legitimado pela Constituição Federal para o ingresso da ação penal pública, junto ao Juízo das Execuções Penais.

Palavras-chave: pena de multa – eficácia executiva – legitimidade ativa do *Parquet* – juízo competente.

1 JUSTIFICATIVA

A pena de multa, sanção de caráter patrimonial, que se subsume na diminuição do patrimônio do condenado através de uma prestação em dinheiro, tem assumido papel cada vez mais importante no cenário jurídico-criminal da atualidade.

Na legislação brasileira, está prevista na Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XLVI, letra "c", e no Código Penal encontra-se regulada no art. 49, consistindo no pagamento ao fundo penitenciário de quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa, sistema este introduzido pela reforma da Parte Geral do Código Penal de 1984.

O Estatuto Penal pátrio, em seu art. 44, parágrafo 2º, autoriza a substituição da pena privativa de liberdade, em caso de condenação igual ou inferior a um ano, por multa ou por uma pena restritiva de direitos. Se a condenação for superior a um ano, a pena privativa de liberdade poderá ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos. Trata-se da chamada "multa substitutiva". Pode ainda ser aplicada nos tipos em que é cominada de forma isolada ou alternativa, ou cumulativamente à privação de liberdade naqueles que a abrigam em seu preceito secundário.

A multa substitutiva traz vantagens substanciais em detrimento da privação de liberdade e, somando-se às restritivas de direitos, constitui arcabouço punitivo de real eficácia, desde que bem aplicada e perfeitamente executada.

Com o advento da Lei n. 9268/96, que transformou a pena de multa em dívida de valor, através da nova redação do art. 51, do Código Penal, surgiu na doutrina e jurisprudência pátrias um sério questionamento sobre a sua forma de pagamento e execução.

Embora o art. 50 do mencionado estatuto de lei estabeleça que a multa deve ser paga dentro de 10 (dez) dias depois de transitada em julgado a sentença, ou ainda em parcelas mensais, conforme requerimento do condenado, permitindo também o desconto no seu vencimento nos casos específicos elencados no parágrafo 1º do mencionado dispositivo, o art. 51 reza que "transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhe as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública".

Surgem, assim, dúvidas relevantes que concernem à subsistência do dispositivo penal inserto no art. 50, ou sobre a sua implícita revogação em face do novo comando do citado art. 51. E, sobretudo, sobre o juízo competente para efetuar a execução da pena pecuniária e a legitimidade do órgão que deve dar início à sua execução, constituindo-se em tema de grande importância para o Ministério Público, erigido constitucionalmente ao ingresso da ação penal pública.

Não se pode perder de vista que a solução a ser adotada, em nível de competência do juízo e de legitimidade ativa para a execução da pena de multa, repercutirá na eficácia desta sanção, assunto que justifica profunda reflexão por parte do *Parquet* na base de suas atribuições constitucionais.

2. A EFICÁCIA DA PENA DE MULTA: UM RESULTADO DA LEGITIMIDADE ATIVA E DO JUÍZO COMPETENTE PARA A SUA EXECUÇÃO

A importância da pena de multa vem sendo reconhecida no cenário jurídico da atualidade quando aplicada em crimes de pequena monta, sobretudo naqueles de cunho patrimonial e de curta duração, já que a pena privativa da liberdade, considerada em meados do século XIX como o principal instrumento punitivo, vem se mostrando ineficaz no combate à criminalidade e também na ressocialização dos condenados.

Observa Alberto Silva Franco, acertadamente, que a postura legislativa no sentido de alargar sempre espaços para a pena pecuniária corresponde a uma tendência bem definida da moderna Política Criminal, que lhe dá "inquestionável primazia como tipo de sanção punitiva, adequada em relação à criminalidade de mínimo relevo e preferível no que tange à criminalidade de média importância".[1]

Luiz Regis Prado, por sua vez, atesta que entre as várias medidas de política criminal alternativa, a sanção pecuniária se destaca não só como a mais importante, mas também como a de utilização cada vez mais freqüente. Ressalta suas vantagens, ao afirmar que tem caráter aflitivo; que é divisível e flexível e se adapta às condições pessoais do condenado; que não degrada, não corrompe e não desonra a família do agente, ao contrário do presídio; que é econômica, porque evita gastos do Estado e se destina à manutenção dos estabelecimentos carcerários; e que é a mais reparável, pois pode ser devolvida em caso de erro judiciário.[2]

Com efeito, trata-se de pena que não retira o condenado do convívio com a comunidade, não o afasta do trabalho, com o qual mantém a si próprio e a sua família, nem de suas ocupações normais lícitas; tampouco o corrompe, pois evita sua inserção no meio deletério da prisão. Também não o avilta, por sua ausência de caráter infamante, além de atingir bem jurídico de menor importância que a liberdade. Preserva intacta a personalidade do condenado, possibilita melhor individualização judicial ao se fundar na sua situação econômica, e possui, sobretudo, força intimidatória, principalmente nos crimes patrimoniais, ao recair sobre bens econômicos que, na sociedade capitalista, são tidos de considerável valor.[3]

Urge, entretanto, que a multa seja aplicada de forma adequada ao agente e sua periculosidade, às suas condições econômicas, e também à gravidade do crime praticado, para que atinja os reais fins de prevenção geral e especial, além da retribuição, que deve se pautar na medida de culpabilidade do infrator.[4] Ademais, sua eficácia também está diretamente relacionada com a infra-estrutura estatal no sentido de promover sua execução, sob pena de tornar-se sanção inócua.

Daí a importância a ser creditada ao órgão legitimado para promover a sua execução e ao juízo competente para o seu processamento.

O real propósito da Lei n. 9268/96, consoante se dessume da exposição de motivos n. 288, de 12 de julho de 1998, referente ao projeto que lhe deu origem (Mensagem 785), foi o de revigorar a execução criminal, consignando um procedimento adequado às dificuldades que se opunham à eficácia da pena de multa, como medida de combate à criminalidade patrimonial.[5] Nesse passo, não se pode conceber que o art. 50 do Código Penal tenha sido revogado pelo art. 51. O primeiro dispositivo persiste em vigor para os fins de possibilitar o pagamento da multa, no prazo de dez dias, ou o seu parcelamento, em prestações mensais, além de poder ser descontada no salário do condenado. E, como não poderia deixar de ser, tal procedimento preliminar à execução propriamente dita deve tramitar no Juízo da Execução Penal. Porém, muitas têm sido as discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre a parte legítima que deverá propor a ação executiva da pena de multa e do seu juízo competente.

A primeira postura, adotada pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que segue importante segmento da doutrina, é no sentido de que a multa imposta em processo criminal passou, com a nova redação, a ser mera "dívida de valor", e que exclui, nesse contexto, as atribuições do Ministério Público, o qual deixa de ser parte legítima para promover sua execução, concedendo-a ao Procurador da Fazenda, cujo processo deverá tramitar no juízo da Fazenda Pública.

Damásio de Jesus afirma que a execução da pena de multa deixou, com a nova lei, de ser "atribuição do Ministério Público, passando a ter caráter extrapenal", isto é, sustenta que "a multa permanece com sua natureza penal", e que subsistem os efeitos penais da sentença condenatória que a impôs. Assevera, entretanto, que a execução é que se procede em termos "extrapenais".[6]

---

[1] FRANCO, Alberto Silva. **Temas de Direito Penal.** São Paulo: Saraiva, 1986, p. 159-160.

[2] PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte geral, v.1.São Paulo: RT, p. 565.

[3] MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução Penal.** 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.692.

[4] Para Roxin, a culpabilidade assume um conceito limitador da pena, ou seja, age no sentido de preservar o homem dos abusos do poder do próprio Estado, sendo, inclusive, possível aplicar-se uma pena inferior à culpa, com respaldo no princípio da solidariedade quando, no caso concreto, houver possibilidade de restauração da paz pública com sanções menos graves. (ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal.** Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Veja, 2004, p. 40).

[5] BRASIL. Exposição de Motivos n. 288, de 12.06.1995. Mensagem 785. **As Mudanças na Lei Penal:** Boletim IBCCrim 33/77, set. 1995.

[6] JESUS, Damásio Evangelista de. **Comentários ao Código Penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 533.

Em posição semelhante, Paulo José da Costa Júnior vocifera: "Pode-se afirmar, portanto, que a pena de multa será cobrada, na nova disciplina, como se crédito tributário fosse, mediante execução fiscal".[7]

Na mesma esteira de raciocínio, Luiz Regis Prado sinaliza que "houve, de conseguinte, a transferência para a Procuradoria da Fazenda Pública da titularidade da ação fiscal de cobrança da pena de multa".[8]

Alberto Silva Franco também se posiciona no sentido de que "diante dos termos explícitos do art. 51 do CP, não se compreende como possa estar, o Ministério Público, do ponto de vista ativo, legitimado para dar início à execução da pena pecuniária". Inobstante reconhecer que "nasce um inconveniente, uma disfunção da execução da pena de multa pelos Procuradores da Fazenda, enquanto título da dívida ativa, consistente no fato de que não há interesse da Fazenda na execução de pequenos valores, o que descaracteriza a multa enquanto punição estatal, que visa a prevenção e repressão de delitos".[9]

Celso Delmanto, em posição oposta, atesta que em vista do caráter penal da multa, "a atribuição para promover a sua execução continua sendo do Ministério Público, perante a Vara das Execuções Criminais, aplicando-se a Lei n. 6.830/80".[10]

Cezar Bitencourt, por sua vez, preleciona que a Lei 9.268/96 não alterou a competência para a execução da pena de multa, que continua sendo regulada pelos dispositivos da Lei de Execuções Penais. Pontua que a nova redação do art. 51 não faz referência à inscrição na dívida ativa da Fazenda Pública, mas tão-somente determina a aplicação das regras atinentes à execução da dívida ativa da Fazenda Pública, fato que não desnatura a pena de multa enquanto sanção criminal, a qual deve respeitar os princípios constitucionais penais.[11]

Na mesma linha de intelecção, Rogério Greco afirma que mesmo sendo a multa considerada dívida de valor pelo art. 51 do Código Penal, não perdeu a sua natureza de sanção penal, além de não ter ocorrido qualquer mudança no que tange à competência do juízo das Execuções Penais para a sua cobrança, que deverá ser operada nos trâmites da Lei de Execução Fiscal, sendo o Ministério Público legitimado para a sua propositura.[12]

Guilherme Nucci textualiza: "Segundo nos parece, deveria ser executada pelo Ministério Público, na Vara das Execuções Penais, embora seguindo o rito procedimental da Lei 6.830/80, naquilo que for aplicável". Assevera que no estado de São Paulo a sua execução vem sendo realizada pela Procuradoria Fiscal, na Vara de Execuções Fiscais, levando a vários inconvenientes, dentre eles, o de que embora a multa penal deva ser cobrada com todo o empenho, pois se trata de sanção criminal, o excesso de execuções fiscais e os valores baixos das multas estabelecidas desestimulam os procuradores e demais agentes a promover a efetiva cobrança. Ademais, ressalta que a certidão de dívida ativa não contém dados do processo criminal que a originou, de modo que, quando o executado morre, não se sabe a quem remeter o feito para que seja julgada extinta a punibilidade. Registra que, na prática, a execução vem sendo arquivada, permanecendo em aberto a questão penal.[13]

Ora, mesmo sendo considerada "dívida de valor" pela legislação vigente, a multa não perdeu sua natureza de sanção penal, como reconhece a doutrina majoritária. E como "dívida de valor" tem, em suma, apenas três conseqüências: a multa não poderá ser convertida em pena privativa de liberdade; a sua execução deverá seguir o rito das execuções fiscais, como bem estabelece o art. 51 do Código Penal; por fim, a atualização monetária da pena de multa deverá ser procedida conforme a lei fazendária. Nesse raciocínio, permanece inalterado o juízo competente para a sua execução e o órgão legitimado para promovê-la.

É importante observar ainda que, antes da edição da Lei 9.268/96, a execução da pena de multa seguia as disposições do art. 164 da Lei de Execução Penal, em cuja leitura se observa a regulação dos trâmites estabelecidos pelo Código de Processo Civil. Rogério Greco[14] adverte, com sapiência, que jamais se disse, por isso, que sua execução deveria competir às Varas Cíveis, a não ser quando a penhora viesse a recair sobre bem imóvel, hipótese em que os autos apartados deveriam ser remetidos ao juízo cível para o prosseguimento da execução, conforme inteligência do art. 165, da LEP.

Saliente-se, como bem ressaltado por Guilherme Nucci, que o Procurador da Fazenda, estando à frente da execução de uma pena de multa, não possui o empenho necessário para a cobrança, pois os baixos valores fixados na sentença pelo Juiz Criminal são tidos como irrisórios e, muitas vezes por motivos administrativos, deixados de serem executados.

---

[7] COSTA JR., Paulo José da. **Curso de Direito Penal**. 8. ed. São Paulo: DPJ, 2005, p. 171.

[8] PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte geral, v.1.São Paulo: RT, p.567-568.

[9] FRANCO, Alberto Silva. **Código Penal e sua Interpretação**: doutrina e jurisprudência. 8.ed. São Paulo: RT, 2007, p. 332.

[10] DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. **Código Penal Comentado.** 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 178.

[11] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Novas Penas Alternativas:** análise político-criminal das alterações da Lei n. 9.714/98. São Paulo: Saraiva, 1999, 160-161.

[12] GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal:** parte geral. Niterói: Impetus, 2007, p. 555.

[13] NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: parte geral-parte especial. 4.ed. São Paulo: RT, 2008, p.426-427.

[14] Ibidem, p. 555.

Um exemplo dessa situação é o Decreto n. 7.343, de 27 de maio de 1998, do Estado da Bahia, que autoriza o não ajuizamento de execuções fiscais de pequeno valor. *In verbis:* "Art. 1º. Fica a Secretaria da Fazenda do Estado autorizada a não ajuizar execuções fiscais de valor inferior a 100 UPF's".[15]

Outrossim, o argumento que fulmina qualquer discussão a respeito do tema está na própria Constituição Federal. Diz o art. 129, inciso I: "São funções institucionais do Ministério Público: I – Promover, privativamente, ação penal pública, na forma da lei". Nesse passo, há de se refletir sobre a execução das penas em geral, incluída a pena de multa.

Sem dúvida que a execução de um título judicial, tanto no juízo cível como no criminal, pertence ao vencedor da demanda, parte ativa legítima da fase jus-satisfativa. Ainda que haja uma relação de autonomia entre o processo de conhecimento e o de execução, na seara penal, existe uma relação instrumental entre ambos. E quando a Constituição Federal dispõe que compete ao Ministério Público, "privativamente", promover a ação penal pública, ao mesmo órgão compete a execução da sentença condenatória.

Nessa porfia, o fato de se deslocar a legitimidade processual, na fase executória, para a Fazenda Pública, viola, frontalmente, a atribuição ministerial privativa que lhe foi conferida pela Carta Magna, além de transferir, de forma equivocada, a implementação de sanção penal ao Juízo das Execuções Fiscais, pois a multa penal não deve ser encarada como mero crédito fazendário.

Foi com esse espírito que o então Procurador Geral da República, Cláudio Fonteles, ingressou, em 2004, com a ADI n. 3150, com o escopo de a Corte Suprema dar interpretação conforme a Constituição ao art. 51 do Código Penal, em face da redação que lhe foi estabelecida pela Lei n. 9.268/96. Observa-se, contudo, que esta ação ainda não foi julgada, encontrando-se conclusa ao seu Relator, Ministro Marco Aurélio, desde a data de 17.06.2008.[16]

No entanto, os argumentos expendidos na aludida ação já foram aceitos pelo Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial n. 699286/SP, da relatoria do Min. José Arnaldo da Fonseca, cuja ementa segue transcrita:

> RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. EXECUÇÃO PENAL. MULTA. COMPETÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 51 DO CP, COM ALTERAÇÃO DADA PELA LEI 9.268/96. Nos termos do art. 129, I, da Constituição Federal, cabe ao Ministério Público, enquanto titular da ação penal, promover a execução da pena de multa, perante o Juízo das Execuções Penais. Recurso desprovido. (REsp 699.286/SP, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 08/11/2005, DJ 05/12/2005 p. 369).[17]

Os ministros da 5ª Turma do STJ encamparam, nesse julgado, à unanimidade, as razões da Subprocuradora-Geral da República, Célia Regina Souza Delgado que, invocando os ensinamentos de Hugo Nigro Mazzilli, pontuou que a pena de multa não perdeu, em face da nova redação do art. 51, o caráter sancionatório penal, embora seja considerada "dívida de valor", e decidiram que o Ministério Público é parte legítima para promover sua execução perante o Juízo das Execuções Criminais.

Percebe-se que esse posicionamento respeita a essência da multa como "pena", preservando o seu próprio conteúdo e, por conseqüência, suas funções intrínsecas que se subsumem na retribuição, na prevenção geral e especial, deixando de considerá-la, por pífias conjunções utilitárias, um mero crédito da Fazenda Pública.

Como diz Edmund Husserl: "em toda a esfera fenomenológica, não há acasos, nem facticidades, tudo é precisamente motivado por essência".[18] Assim o é também com a "multa-pena", fenômeno cultural em que se vislumbra, através da consciência racional, seu caráter originário.

3. CONCLUSÃO

A pena de multa é importante ferramenta do direito penal contemporâneo a ser utilizada com os fins de evitar o encarceramento de autores de pequenos delitos por prazo de curta duração, sendo de potencial eficácia quando aplicada em delitos patrimoniais a agentes que não apresentam periculosidade social.

---

[15] BAHIA, Decreto n. 7.343, de 27 de maio de 1998. Disponível em: 1998http://www2.casacivil.ba.gov.br/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm. Acesso em: 03 mai. 2009.

[16] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI/3150. Rel. Min. Marco Aurélio, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3150&classe=ADI&codigoClasse=0&ORIGEM=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=> Acesso em: 24 abr. 2009.

[17] BRASIL.Superior Tribunal de Justiça. REsp 699286. Relator: Min. José Arnaldo da Fonseca. Quinta Turma, do Tribunal de Justiça de São Paulo . Brasília, DF, 08.11.2005. Disponível em: http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=MULTA+E+PENAL+E+COMPET%CANCIA+E+LEGITIMIDADE&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=6# Acesso em: 24.abr.2009.

[18] A essência do fenômeno "pena" aqui invocada encontra explicação na "Fenomenologia Pura", de Edmund Husserl, corrente filosófica que compreende os fenômenos através da observação da realidade ou da verdadeira "categoria do ser". (HUSSERL, Edmund. **Idéias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica**: introdução geral à fenomenologia pura. Tradução: Márcio Suzuki. Aparecida-SP: Idéias & Letras, 2006. Capítulo II, p. 303).

Mas a eficácia da multa penal não está restrita à sua fundada cominação e aplicação, pois é preciso que os dispositivos de lei que regulam a execução desta pena sejam interpretados de forma coerente ao ordenamento jurídico, sob pena de tornar-se uma sanção inócua.

A problemática que surgiu em face da edição da Lei n. 9268/96, que deu nova redação ao artigo 51 do Código Penal, tornando-a dívida de valor, há de ser resolvida, assim, visando a atingir real eficácia executiva da pena de multa. Para tanto, busca-se sustentáculo na Constituição Federal, a qual confere legitimidade ativa ao Ministério Público para o ingresso da ação penal pública e, conseqüentemente, à sua execução.

O fato de a legitimidade processual, na fase executória, ser deslocada para a Fazenda Pública, vai de encontro à atribuição ministerial privativa que lhe foi conferida pela Lei Fundamental, ao transferir a implementação de uma pena ao Juízo das Execuções Fiscais, pois a multa penal não se constitui, em essência, em mero crédito fazendário.

Trata-se de fenômeno cultural de conteúdo próprio com funções específicas que se subsumem na retribuição, na prevenção geral e especial, funções essas que devem ser atingidas através da esfera de atividade executiva penal do Estado-Juiz, a ser promovida pelo Ministério Público, órgão legitimado pela Constituição Federal.

4. REFERÊNCIAS

BAHIA, Decreto n. 7.343, de 27 de maio de 1998. Disponível em: 1998http://www2.casacivil.ba.gov.br/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm. Acesso em: 03 mai. 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Novas Penas Alternativas:** análise político-criminal das alterações da Lei n. 9.714/98. São Paulo: Saraiva, 1999.

BRASIL. **Código Penal**. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso em: 03 mai. 2009.

_____. Lei n. 9268, de 01.04.1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9268.htm. Acesso em: 03 mai. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI/3150. Rel. Min. Marco Aurélio, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3150&classe=ADI&codigoClasse=0&ORIGEM=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=> Acesso em: 24 abr. 2009.

_____.Superior Tribunal de Justiça. REsp 699286. Relator: Min. José Arnaldo da Fonseca. Quinta Turma, do Tribunal de Justiça de São Paulo . Brasília, DF, 08.11.2005. Disponível em: http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=MULTA+E+PENAL+E+COMPET%CANCIA+E+LEGITIMIDADE&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=6# Acesso em: 24 abr.2009.

COSTA JR., Paulo José da. **Curso de Direito Penal**. 8. ed. São Paulo: DPJ, 2005.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. **Código Penal Comentado.** 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FRANCO, Alberto Silva. **Código Penal e sua Interpretação**: doutrina e jurisprudência. 8.ed. São Paulo: RT, 2007.

_____. **Temas de Direito Penal.** São Paulo: Saraiva, 1986.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal:** parte geral. Niterói: Impetus, 2007.

HUSSERL, Edmund. **Idéias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica**: introdução geral à fenomenologia pura. Tradução: Márcio Suzuki. Aparecida-SP: Idéias & Letras, 2006. Capítulo II.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Comentários ao Código Penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução Penal.** 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: parte geral-parte especial. 4.ed. São Paulo: RT, 2008.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte geral, v.1. São Paulo: RT.

ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal.** Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Veja, 2004.

041

O MINISTÉRIO PÚBLICO E A VÍTIMA DO DELITO

Vilson Farias*

Promotor de Justiça aposentado

Introdução

Ao ingressar no Ministério Público e ao atuar como Promotor de Justiça criminal constatei que no dia-a-dia do foro a vítima sofria os mesmos constrangimentos e dissabores da fase de instrução preliminar (que conheci a fundo quando fui Delegado de Polícia), pois tanto o Ministério Público quanto o Judiciário não estavam como não estão devidamente estruturados para recepcionar as vítimas dos delitos.

Após a fase processual, a vítima não encontra resposta por parte do Estado, principalmente no que se refere ao ressarcimento do delito, quando o réu é pobre (o que acontece na maioria das vezes). Por outro lado, também constatamos que no transcorrer do processo, muitas e muitas vezes o Promotor de Justiça, por uma má avaliação processual, ou por falhas no sistema de persecução criminal, acaba prejudicando a vítima em favor do autor do delito, pois o modelo de dupla instrução adotado em nosso país termina por ter um caráter ambíguo.

O trabalho inquisitorial da Polícia é empurrado para baixo, dentro do sistema hierarquizado da Justiça. Outorgando-se a Polícia uma ampla autonomia, ela cumpre com sua tradicional função de seleção social e separa os representantes das classes de baixa renda das classes economicamente privilegiadas através da aplicação desigual do direito e da violência.

Ao não intervir nunca, os Promotores e Juízes legitimam esta repartição de tarefas judiciais. Como justificação para esta sistemática omissão, eles se servem do modelo de processo penal arcaico, oriundo do período pós-nazista da década de 1940, e que a ampla reforma de 2008, através das Leis 11.689, 11.680 e 11.719 não empreendeu nenhuma modificação nesse aspecto.

Outro problema enfrentado pelo nosso país e que contribui para uma sociedade pronunciadamente desigual é a ausência de cooperação institucional e de responsabilidade horizontal.

As práticas penais demonstram como o Processo Penal brasileiro a primeira vista pode ser considerado como modelo liberal, já que este – como sistema acusatório – segue princípios de publicidade, igualdade das partes e presunção de inocência, os quais, através de elementos inquisitoriais, são diluídos pela "porta de trás", discretamente, razão pela qual alimento a idéia há bastante tempo, que seria oportuno sempre existir a possibilidade de incluir-se na fase processual a figura do assistente de acusação, o qual costuma aparecer nos processos em que a família ou a própria vítima tem condições econômicas, pois o Ministério Público acaba se tornando parcial durante o transcorrer do processo.

Assim, é tarefa da Vitimologia não apenas descrever a situação social contra a delinqüência, além de determinar as linhas básicas que devem seguir-se no sentido de uma maior eficácia, da mesma maneira "mutatis mutandis" e com maior ênfase hoje não se questiona a primazia das políticas, tanto preventivas como de tratamento e, assistências e ajudas que os Estados devem formular, desenvolver e implementar para "encenar e el vivir", como muito bem se refere Abelardo Riveira Llano na sua importante obra "La Victimologia" e conviver em sociedades de alto risco "victimal", como as atuais, entre as quais, cito o Brasil e Argentina.

Por isso, não é sem razão que os juristas afirmam que o século XXI será o século das vítimas, isto implica um novo estudo da função de política criminal, a fim de realizar um elo com a nova vitimologia, a qual se preocupa com a segurança do cidadão, como muito bem nos ensina o Professor Juan Bustoz Ramirez.

Por outro lado, hoje se advoga frente a realidade que discorremos cada vez mais pelo reconhecimento dos direitos e garantias das vítimas, os quais transcendem da mera pretensão ressarcitória que se busca mediante a constituição da parte civil dentro do processo penal (o que na maioria das vezes é mera utopia, pois os réus são pobres, eis por que o estado deve cuidar disso.

Observamos que hoje dá-se um maior impacto ao movimento vitimológico no Direito Penal, pois o objetivo é realizar a inserção de uma política predominantemente criminológica na área jurídico penal voltada para o ressarcimento da vítima do delito, a qual tanto carece dessa espécie de contribuição.

1. Retrospectiva Histórica

Minha tese alicerça-se na evolução histórica da vítima, passando pelas tendências atuais e ainda projeta perspectivas futuras do papel da vítima nas questões penais e fundamentos referentes a uma política criminal consentânea com a realidade.

* Doutor em Direito pela Universidade de Buenos Aires (Argentina). Doutorando pela Universidade de Granada (Espanha). Especialista em Ciências Criminais pela PUC-RS. Licenciado em Letras Português/Inglês e Educação Moral e Cívica pela Universidade Católica de Pelotas. Promotor de Justiça aposentado. Ex-Delegado de Polícia. Membro do IBCcrim. Membro do Instituto Brasileiro de Vitimologia. Advogado. Professor. É autor de várias obras e artigos jurídicos, entre as quais "Temas de Direito Criminal".

Iniciamos este trabalho dando ênfase a importância da vítima nos primeiros tempos, razão por que é importante, de plano, apontar as três fases que marcaram a evolução histórica do papel da vítima no direito criminal, e para ser mais preciso, valho-me didaticamente dos ensinamentos do Mestre **Antônio Scarance Fernandes**, que na obra "O Papel da Vítima no Processo Penal" aponta as seguintes fases:

A) O período de grande prestígio nas épocas de predomínio da vingança privada e justiça privada.

B) O largo espaço temporal do declínio e do esquecimento e, recentemente;

C) O momento da redescoberta da vítima.

Na primeira fase, refere-se a vingança privada, pelo fato de que estava a cargo da vítima, mas deve se deixar bem claro que a expressão não significa um direito de disponibilidade, pois além de uma satisfação pessoal a vítima, a efetiva aplicação da sanção tinha por desiderato a restauração da harmonia perdida com a prática do delito.

Retirando-se o aspecto individualista, é possível, como bem ilustra a jurista Ana Sofia Schmidt de Oliveira, fazer menção ao direito penal antigo como sendo a fase de idade de ouro da vítima já que a participação da vítima na resolução do conflito era mesmo relevante.

Os melhores tratadistas do direito penal sustentam que a Idade de Ouro perdurou até o século XII d.C., quando então o Estado passou a exercer o controle do Jus Puniendi.

As primeiras construções dogmáticas do Direito Penal, que na época confundia-se com o Processo Penal, retratam a história da evolução do Direito Penal, a qual assinala também o distanciamento da vítima, a qual é deixada de lado tanto pela Escola Clássica quanto pela Escola Positiva, razão pela qual a maioria dos estudiosos do Direito Penal afirmam que a construção do conceito de bem jurídico como objeto da tutela penal dispensava a necessidade de ser invocada a vítima concretamente.

2. Vitimização e processo penal

É fato público e notório que o sistema penal estigmatiza e exclui pessoas.

A atuação seletiva da justiça criminal cria e reforça as desigualdades sociais. O sistema criminal rouba os conflitos das partes diretamente envolvidas estigmatizando-as como delinqüente e vítima. A pena imposta pelo Estado perde sua legitimidade por que não guarda nenhuma relação com a pessoa efetivamente prejudicada no conflito. A vítima sofre o mesmo processo de privação de identidade que o delinqüente; suas expectativas não são levedas em conta; o Estado substitui a vítima sem levar em conta suas necessidades.

Como bem diz **Nils Christ**, no sistema penal atual, os conflitos são decididos por pessoas estranhas, e as partes originalmente envolvidas desaparecem. Aquela que é representada pelo Estado, a vítima, só tem o papel de desencadear o processo e prestar algumas informações. A vítima é uma perdedora diante do autor da infração e diante do Estado; não recupera o que perdeu para o infrator, pois as penas não levam em conta seus interesses e perde ainda oportunidade de vivenciar de forma positiva o conflito, que não é mais seu. A localização da sala de julgamento nos Tribunais das cidades grandes, a ritualização dos atos, a linguagem peculiar – uma verdadeira sub-cultura – tudo afasta a vítima, que, quando comparece em juízo, percebe que seu conflito é propriedade dos advogados, dos promotores, dos juízes. A despersonalização dos conflitos reflete o desempenho dos papeis sociais; nas sociedades industrializadas, as pessoas se conhecem em fragmentos, de acordo com os papeis que desempenham em cada cenário da vida e o sistema penal não oferece oportunidade para que as partes e os operadores atuem como seres humanos integrais, ou seja, no processo penal a vítima é, em regra, esquecida, abandonada relegada a segundo plano. Em verdade, ninguém se preocupa com a vítima penal.

É bem verdade que com a lei 9.099/95, a vítima foi redescoberta no processo penal nacional, dando maior ênfase a reparação dos danos as vitimas mas referida lei só tem incidência no âmbito da criminalidade pequena e média, ficando as vítimas de graves delitos no esquecimento, sobretudo quanto a reparação de danos. Essa falta de atenção do processos penal com a vítima (o abandono) causa o fenômeno conhecido por sobrevitimização ou vitimização secundário que é o dano adicionado causado à vítima de crime, ocasionado pelo própria mecânica da justiça penal formal.

A redescoberta da vítima influiu fortemente nos sistemas processuais de inúmeros países cujas origens do movimento vitimológico estão relacionados ao nascimento do movimento internacional dos Direitos Humanos no período pós-guerra, que culminou com a Declaração Universal dos Direitos das Vítimas pela ONU.

3. Vítima, vitimização primária, secundária e terciária. Auto-vitimização secundária

No Código Penal e no Código de Processo Penal brasileiro, encontramos os termos vítima, ofendido e lesado várias vezes, e até indistintamente. Entretanto, a doutrina usa a terminologia vítima para designar aquele que o foi nos crimes contra a pessoa, já o termo ofendido, nos crimes contra a honra e contra os costumes, e por fim, lesado, nos crimes contra o patrimônio.

Pelo enfoque da vitimologia, a vítima não se restringe aquela vítima de um delito, havendo outras fontes de vitimização além do delito. Valendo-se da vitimologia, podemos conceituar vítima como sendo aquela pessoa que sofre danos de ordem física, mental e econômica, bem como a que perde direitos fundamentais, seja em razão de violações de direitos humanos (reconhecidos internacionalmente) bem como por atos criminosos comuns, entretanto, usando um conceito restrito de vítima nos moldes da declaração dos princípios básicos de justiça para as vítimas de delito e abuso de poder da Organização das Nações Unidas (ONU) de 1985, pode se inferir: "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 conseqüência de ações ou omissões que violem a legislação penal vigente nos estados membros, incluída a que prescreve o abuso criminal de poder".

Ou seja, vítima é aquele individuo que sofre ou foi atingido por alguma infração criminal praticada por um agente.

A **VITIMIZAÇÃO PRIMÁRIA** é normalmente entendida como aquela provocada pelo cometimento do crime, pela conduta violadora dos direitos da vítima – pode causar danos variados, materiais, físicos, psicológicos, de acordo com a natureza da infração, personalidade da vítima, relação com agente violador, extensão do dano, dentre outros.

Por **VITIMIZAÇÃO SECUNDÁRIA** ou sobrevitimização, entende-se aquela causada pelas instancias formais no decorrer do processo de registro e apuração do crime.

Já a **VITIMIZAÇÃO TERCIÁRIA** é levada a cabo no âmbito dos controles sociais, mediante o contato com a vítima com o grupo familiar ou seu meio-ambiente social, como no trabalho, na escola, nas associações comunitárias, na igreja ou no convívio social.

4. Da vitimodogmática

Como se viu anteriormente, houve uma repulsa inicial ao estudo etiológico da vitimização. Incentivada pelo movimento feminista que via na discussão acerca da culpabilidade da vítima uma grave ameaça aos direitos da mulher. Segundo esta ótica, sobre a mulher frágil e vitimizada em uma

sociedade patriarcal, parecia absurdo que se fizesse recair a culpa pela ocorrência de um crime. Assim, o questionamento etiológico deixaria em aberto um flanco importante na luta feminista, motivo pelo qual é imperioso deslegitimá-la.

Por outro lado, os sérios estudos vitimológicos espraiados em um campo muito mais amplo que o relacionado a vítima, provocadora dos crimes sexuais não deixam dúvida acerca da efetiva existência de várias espécies de vítima. Essa constatação causou, é claro, uma rachadura profunda no muro que estabelecia uma divisão rígida entre inocentes e culpados. Uma construção maniqueísta de longa data coloca de um lado a vítima inocente e de outra o autor culpado, considerando que ao direito penal sempre interessou o autor, a reconstrução jurídica da realidade fática volta se unilateralmente para este a e a dinâmica real fica em definitivo transformada. A complexidade inicial, comum a todos os fatos da vida, é substituída em razão dessa visão maniqueísta, pela simplicidade da forma, a vítima é inocente e o autor é culpado.

A dogmática penal não poderia deixar de considerar o aporte vitimológico e assim que surgiu, nos últimos tempos, a expressão vitimodogmática, que embora com freqüência utilizada na doutrina estrangeira, ainda não guarda um sentido único. Para Elena Larauri, vitimodogmática é o conjunto das abordagens feitas pelos penalistas a que põe em relevo todos os aspectos do direito penal em que a vítima é considerada. De acordo com ela, em que pese a freqüente alegação de esquecimento da vítima por parte do direito penal, esta sempre foi considerada em três aspectos principais: na fase previa, ao cometimento do delito (pois o consentimento da vítima pode eliminar o caráter delitivo de alguns comportamentos, bem como a provocação por justificar que a pena do autor seja atenuada); na fase de execução do delito, a vítima também é levada em conta, como, por exemplo, na hipótese de legitima defesa, e, finalmente naquela fase denominada de consumação, em que seu comportamento também é levado em conta: aqui a vítima surge na instituição do perdão, da representação e na concessão de alguns benefícios que pressupõe a reparação do dano.

Diante desse quadro, para Elena Larauri, a situação da vítima no direito penal é de "olvido pero no tanto". Dentro dessas várias considerações, a vitimodogmática concentra-se atualmente na investigação, na contribuição da vítima na ocorrência do delito e da repercussão que tal contribuição deve ter na fixação da pena do autor, variando de uma total isenção a uma simples atenuação. Elena Larauri vê, pois, na vitimodogmática uma continuidade da antiga vitimologia, o que merece suas críticas. No seu entender, o verdadeiro papel da vitimodogmatica seria legitimar com argumentos penais qual é o fundamento da participação da vítima e mostra que este não se opõe aos crimes atribuídos ao direito penal. Uma vitimodogmática assim concebida poderia aproximar se da moderna vitimologia, manifestando-se nas propostas de compensação e reparação. No entanto, a abordagem mais freqüente da vitimodogmática não inclui questões relacionadas a conseqüência do delito, como as medidas reparatórias.

Segundo José Maria Silva Sanchez, o ponto centra da discussão vitimodogmática é o estudo do comportamento da vítima no âmbito da dogmática penal, em especial seus reflexos na responsabilidade do autor.

A vitimodogmática enfrenta um questionamento central, que pode ser assim sintetizado: neste momento é de se perguntar que proteção deve merecer um bem jurídico cuja tutela não interessa ao único titular desse bem, seja por que ele próprio o coloca em perigo ou por que ele renuncia sua proteção.

Jesus Maria Silva Sanchez identifica duas posições básicas na doutrina alemã, na qual o tema é objeto de um debate intenso, esclarecendo que a doutrina e a jurisprudência alemãs sempre levaram em conta a atuação da vítima, especialmente nos delitos culposos (em que a imprudência da vítima – omissão de medidas de auto-proteção, como a utilização do cinto de segurança – gera o conceito de co-responsabilidade), revela que na década de 80 a discussão foi ampliada e atingiu o terreno dos delitos dolosos, dando lugar a duas posições antagônicas no seio da doutrina. Uma posição mais moderada, defendida por Hillencan, Arzt, Gunter, Hassemer e Kraezsch, entendem que o comportamento da vítima deve ser considerado no âmbito da fixação judicial da penal, mas tal consideração não pode estrapolar os limites da tipicidade, a não ser mediante expressa previsão legal. A posição radical, representada especialmente por Schunemann, defende que um enfoque vitimologíco dos princípios gerais que regulam o juz puniendi do estado pode conduzir, em certos casos, não apenas a uma diminuição da sanção, mas a uma total isenção de responsabilidade do autor, pensamento que culmina na construção de um principio de auto-responsabilidade. Esta concepção leva a um ponto extremo, a principio da subsidiariedade do direito penal e sua utilização como sua última ratio. O recurso ao direito penal seria legítimo, não apenas quando esgotada todas formas jurídicas ou sociais de controle, mas também quando esgotados os meios de auto-proteção da vítima. A vítima, de acordo com a posição radical, tem um dever de autoproteger-se com medidas razoáveis, possíveis, usuais e exigíveis, cuja infração implica na perda da necessidade de proteção do Estado, ou seja, se a vítima, podendo e devendo proteger-se, não o faz, a ocorrência do crime é a ela atribuída e o autor fica isento de pena.

Manuel Castro Meliá trata do tema em sua tese de doutoramento, cujo subtítulo é "Estúdio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor em actividades arriesgadas". Segundo o seu entendimento a expressão vitomodogmática agrupa uma serie de considerações dogmáticas referentes a intervenção da vítima na gênese do risco. A questão central nesse campo debatido é determinar em que medida a co-responsabilidade da vítima na decorrência do delito pode ter valoração no comportamento do autor. E o que justifica a nova designação não é exatamente o caráter inédito da discussão, que sempre existiu, mas seu enfoque específico e originado não apenas de construções características do direito penal, mas também das abordagens criminológicas e vitimológicas. Não obstante, algumas reações contrárias que o tema possa vir a despertar, parece que a discussão aportada pela vitimodogmática guarda importância concreta de considerável dimensão. Não deve ser singelamente descartada, como se viesse só ressuscitar um questionamento etiológico tendente a acusar a vítima. A vitimodogmática é bem mais que uma versão da ultrapassada concepção *blame the victim*, e as oportunidades de aplicação prática são muitas.

5. O instinto criminoso: dimensão jurídica e lógica

Destacamos neste capitulo as novas tendências em relação a vitima, revisões e interpretações de normas processuais, bem como a necessária construção de novos dispositivos mais aderentes a realidade sócio-política em que a vítima esta inserida.

O sujeito passivo do delito, objeto de proteção da tutela estatal, como finalidade do ordenamento jurídico, deve ser resguardado pela processualística penal, sendo coerentes e acertados os critérios que norteiam o tratamento que lhe é conferido, distinguindo suas declarações do depoimento testemunhal, como muito bem observa o Defensor Público do Rio de Janeiro, **LEONARDO LUIS DE FIGUEIREDO COSTA**.

É verdade que muitas vezes o ofendido, envolvido pelo sentimento de vingança, acaba de maneira consciente ou inconsciente modificando a verdade do fato que foi vítima. Mas, por outro lado, as declarações do ofendido são imprescindíveis para a apuração do fato criminoso, razão pela qual deve o Magistrado dar-lhe o valor pertinente, pois o que interessa a realização da justiça, é o conhecimento da verdade real.

Existem inúmeros projetos de lei no Congresso Brasileiro, que visam uma modificação substancial no Código de Processo Penal, o qual é de 1940, principalmente no que se refere ao sistema preliminar de investigação, e há uma unanimidade de pensamento no sentido de valorizar-se a vítima do delito, a qual, no procedimento policial, sofre inúmeros prejuízos e constrangimentos, o que acontece também na instrução criminal.

Isto não é novidade, pois em outros países tais fatos repetem-se, o que levou doutrinadores da extirpe de **RAUL CERVINI**, do Uruguai, a escrever linhas e mais linhas sobre a VITIMIZAÇÃO SECUNDÁRIA.

6. Alternativas para o tratamento judicial e social da vítima

Visamos também analisar os interesses civis da vítima em relação ao dano sofrido em razão do delito. Sua efetividade e as medidas cautelares civis no processo penal, inclusive outros papéis por ela exercidos, com ênfase a sua posição perante a prova penal e as técnicas de proteção e assistência que lhe destinam.

No atual sistema de justiça criminal que o Brasil adota, já não podemos dizer que a vítima foi esquecida, pois a reparação dos danos passou a ser prioridade com a entrada em vigor da Lei dos Juizados Especiais Criminais (9.099/95), que no âmbito da criminalidade pequena e média introduziu no Brasil um modelo consensual de justiça criminal, pois a prioridade agora não é o castigo do infrator, senão e sobretudo a indenização dos danos causados pelo delito em razão da vítima.

A importância conferida na reparação dos danos esta evidenciada no art. 74, que prevê a possibilidade de composição civil entre as partes. Trata-se de uma medida de natureza híbrida, civil e penal, pois o acordo homologado pelo juiz, se não cumprido, tem força de titulo executivo, e em se tratando de ação pena privada ou pública condicionada a representação, implica na renúncia no direito de queixa ou representação.

A Lei dispõe sobre os Juizados Cíveis e Criminais trouxe inovações de relevante importância no campo penal e processual penal, entre elas o estabelecimento das modalidades de conciliação e transação (art. 76), representação (art. 86) e a suspensão condicional do processo (art. 89), como base do procedimento, tornando-se a forma pela qual a lei demonstra sua preocupação com a vítima.

A Lei possui dispositivos que trata a um só tempo do processo a ser observado tanto nos Juizados Especiais Cíveis como Criminais, introduzindo, portanto, um processo penal marcado pela informalidade e voltado a conciliação ou transação.

Por derradeiro, a lei evita o processo em muitas hipóteses em que realmente não seria necessário, mas por outro lado, hoje os inúmeros casos que antigamente não chegavam ao tribunal preenchem as pautas de audiência.

Uma das mais controvertidas novidades introduzidas no sistema penal pelo Código de Trânsito é a previsão da multa reparatória, que tem como finalidade a satisfação da vítima ou de seus familiares e a possibilidade de que esta satisfação se dê de forma mais rápida, já no próprio processo criminal, sem prejuízo da interposição da ação civil para a cobrança da indenização restante, conforme o art. 297 da Lei nº. 9.503, de 23 de setembro de 1997.

Art. 297. A penalidade de multa reparatória consiste no pagamento, mediante depósito judicial em favor da vítima, ou seus sucessores, de quantia calculada com base no disposto no § 1º do art. 49 do Código Penal, sempre que houver prejuízo material resultante do crime.

DAMÁSIO DE JESUS comenta que na multa reparatória o legislador esqueceu-se da cominação genérica. E não a específica. De modo que a pena de multa reparatória por falta de cominação legal (Principio da Reserva da Lei) não pode ser aplicada pelo juiz.

Já **CEZAR ROBERTO BITTENCOURT** esboça posição contrária e diz que a multa esta muito bem aparada pelos seus dispositivos que definem também sua natureza civil e seu caráter privado.

Observando o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal, não há nenhuma dificuldade legal constitucional para se operacionalizar essa previsão legal.

A Lei 9.605/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente introduziu no ordenamento jurídico pátrio uma nova modalidade de pena: a de prestação pecuniária, que é uma espécie de pena restritiva de direito e que depois foi integrada no Código Penal pela Lei 9.714/98. A maior parte das infrações previstas visam a proteção de bens jurídicos difusos: são os crimes multivitimários ou de vítima difusa.

A pena de prestação **PECUNIÁRIA**, assim como a multa **REPARATÓRIA**, tem evidente natureza penal, não desvirtuada por ser destinada a vítima. Esta inovação trás um aspecto positivo, pois a destinação da prestação pecuniária à vitima, e não as cofres públicos, esta em evidente sintonia, não apenas com os reclames do movimento vitimológico, mas com intuitivo senso de justiça inspirado na palavras Thomas More.

A Lei 11.719/08 acrescentou um parágrafo único ao art. 63 que disciplina a ação civil ex delicto.

Após uma condenação definitiva em ação penal, surge para a vítima o direito de pleitear, no juízo cível, uma indenização pelos danos sofridos com a prática do delito.

Antes da reforma, a vítima aguardava o trânsito em julgado da decisão penal condenatória e ingressava na esfera cível em busca de sue legítimo ressarcimento.

Esse direito de pleitear a respectiva indenização permanece inalterado com a reforma.

O que a Lei 11.719/08 trouxe de novo é a possibilidade de o próprio magistrado criminal fixar na decisão condenatória um valor a ser ressarcido civilmente. A vítima, nos casos em que isso seja possível, já ingressa no juízo cível com um valor pré-fixado pelo juiz criminal, mostrando-se desnecessária a fase de liquidação da sentença penal no civil.

Existem casos, em especial nos crimes contra o patrimônio, em que o valor é de fácil avaliação (como por exemplo no crime de dano, no crime de furto, no estelionato etc.) e o valor a ser indenizado pode ser arbitrado na própria decisão que condena o agente delitivo.

A redação do parágrafo único deixou em aberto para o juiz da Vara Cível, corretamente em nossa opinião, a oportunidade de efetuar nova avaliação ou outra liquidação de sentença criminal em busca do valor real, efetivamente sofrido pela vítima. Ou seja, a fixação pelo juiz criminal do valor pode ser revista sem problemas na esfera civil.

Como descrito no art. 63 do CPP, transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do novo inciso IV do art. 387 deste Código, sem prejuízo da liquidação para apuração do dano efetivamente sofrido. Harmonizou-se a regra da ação civil ex delicto com um dos requisitos obrigatórios da sentença penal condenatória.

Por sua vez a Lei 11.690/08, através da nova roupagem do art. 201,§ 2º, senão vejamos:

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, da vida privada, honra e imagem o 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.

O ofendido passou a ser tratado com mais importância pela legislação processual.

Antes da reforma, o Capítulo V tratava apenas das perguntas ao ofendido. E não ia além disso.

7. O Controle da Vítima sobre a Acusação Pública

Como muito bem escreve Antônio Scarance Fernandes, em sua inigualável obra "O Papel da Vítima no Processo Penal", foi firmada historicamente a prevalência do Ministério Público na acusação, em alguns lugares de forma exclusiva, admitindo-se em outros convivência da ação pública com a iniciativa popular e privada, foi inevitável o surgimento de mecanismos de controle sobre a sua atuação, aptos a propiciar fiscalização sobre a falta de acusação e sobre acusações deficientes, imprecisas, omissas.

Tais controles se manifestaram essencialmente nos diversos países através de duas formas: o controle interno e o controle externo.

O controle interno, de natureza hierárquica, varia nos diversos sistemas, dependendo muito da maneira como é cuidada a independência funcional do Membro do Ministério Público. Pode manifestar-se como vigilância direta e constante, através de correições, avocações, remessas obrigatórias das peças de investigação após decurso de certo tempo, ou em razão de demora no decidir pela acusação ou pelo arquivamento. Pode ainda o controle interno ser propiciado por atuação do juiz, da vítima, de outras pessoas e entidades; assim, o juiz pode incumbir, ante a inexistência de acusação, a sua formulação deficiente, ou ainda o arquivamento equivocado, a remessa dos autos para reexame superior; a vítima poderá estar autorizada a recorrer aos órgãos superiores; podem terceiros, vítima, juiz representar contra o membro do Ministério Público.

O controle externo realiza-se, geralmente, através de fiscalização exercida por órgão do Poder Judiciário ou pela vítima. Pelo juiz ou tribunal quando, diretamente, ou acolhendo pedido ou recurso a ele dirigido, determina que seja feita a acusação pelo Ministério Público ou seja ela completada, corrigida. Poderia ainda o juiz, ao examinar pedido de arquivamento ou ao constatar a demora do Ministério Público em acusar, instaurar de ofício o processo. Pela vítima é realizado controle quando supre com sua atuação a inércia ou a falha do Ministério Público.

Todos estes instrumentos e formas de controle foram se revelando na evolução histórica; alguns têm ainda a expressão na atualidade.

8. O Ministério Público e a Ação Civil Ex Delicto

O art. 68 do CPP admite que o Ministério Público promova a ação civil ex delicto em favor do ofendido, ser representante ou sucessores, desde que o titular do direito de reparação seja pobre. Todavia, essa legitimidade do Parquet tem sido questionada depois do advento da Constituição Federal de 1988. Isso decorre do fato de não ter sido previsto no capítulo do Ministério Público qualquer função relacionada ao exercício dessa espécie de ação, a exemplo do que se verifica com a Defensoria Pública que foi incumbida da defesa, em todos os graus, dos necessitados (art. 134, CF).

Duas posições se contrapõe. A primeira corrente, adotada por Humberto Theodoro Júnior (1989, vol. 1, p. 68, p. 83) e Vicente Greco Filho (1986, vol. 1, p. 155), continua admitindo a legitimidade do Ministério Público para a propositura da ação de reparação de danos, em favor do ofendido pobre porque sua intervenção, por força do art. 68 do CPP, tem a natureza de substituição processual e obedece ao preceito do art. 68 do CPP, tem a natureza de substituição processual e obedece ao preceito do art. 6º do CPC (ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei). Com esse entendimento, Humberto Theodoro Júnior (1989, vol. 1, item 132, p. 158) justifica que o Ministério Público é parte quando esta em juízo e "nunca procurador ou mandatário de terceiros". Na jurisprudência: RSTJ 89/154 e STJ-RF 338/248; RT 738/315; JTJ 128/327, 197/85; RT 653/113 (TJSP); RT 746/214; STJ, REsp. nº 25956/SP, 2ª T., Rel. Min. Ari Pargendler, DJ de 16.09.96, p. 33.711; TJSP, 2ª Câmara Civil, Apelação nº 224.506-1, Rel. Des. Correia Lima, j. em 02.05.95).

A posição contrária reputa inconstitucional o art. 68 do CPP, pois o Ministério Público propõe a ação a pedido do titular do direito pobre, como seu representante, e essa função não foi recepcionada entre as que se acham expressas no art. 129, CF (RSTJ 103/201, maioria, STJ, REsp. nº 57.092/MG, 3ª T., Rel. Min. Costa Leite; STJ, 1ª T., REsp. nº 26.807/SP, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 01.02.93, p. 441; RSTJ 103/194). O Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, no voto proferido no Recurso Especial nº 180.890-SP (STJ, 4ª T., por unanimidade, DJ de 03.11.98, p. 172), apreciando o tema, conclui que o art. 68 do CPP não foi recepcionado pelo novo texto constitucional, mas como o cidadão carente não pode ficar desamparado, no que tange ao acesso à Justiça, a legitimidade do Ministério Público de ajuizar a ação civil ex delicto subsiste enquanto não implantada a Defensoria Pública. Segundo o ilustre relator:

"Nos termos do art. 127 da Constituição, incumbe ao Ministério Público a defesa de ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

De fato, o direito à reparação pelos danos decorrentes de ato ilícito não pode ser enquadrado como direito indisponível, tanto que, conforme ressaltou a Subprocuradoria-geral da República, a vítima pode, a seu arbítrio, deixar de exercê-lo.

Igual conclusão se extrai da análise do art. 129, inciso IX, da Carta Magna, segundo o qual compete ao MP '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'.

A melhor exegese, então, parece ser a que não inclui, na expressão 'outras funções', a defesa de interesses individuais disponíveis, por se tratar de atividade alheia à finalidade do Parquet.

De outra parte, a Constituição, em seu art. 134, atribuiu à Defensoria Pública a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados.

É forçoso concluir, portanto, que o legislador constituinte, ao lado de atribuir novas funções ao Ministério Público, da mais alta relevância, cuidou-se de retirar-lhes outras, de forma a possibilitar o bom desempenho de seus misteres."

Sustentado essa mesma tese no julgamento do Recurso Extraordinário nº 147776/SP (1ª T. Rel.Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 19.06.98, p. 9), o STF decidiu que a atribuição do Ministério Público, conferida pelo art. 68 do CPP, é de assistência judiciária e, por isso, deve-se reputar transferida à Defensoria Pública, como se observa do teor de sua ementa:

"1. A alternativa radical da jurisdição constitucional ortodoxa entre a constitucionalidade plena e a declaração de inconstitucionalidade da lei com fulminante eficácia ex tunc faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é o fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade de realização da norma da Constituição – ainda quando teoricamente não se cuide do preceito de eficácia limitada – subordina-se muitas vezes a alteração da realidade fáctica que a viabilizem.

2. No contexto da Constituição de 1988, a atribuição anteriormente dada ao Ministério Público pelo art. 68 C. Pr. Penal – constituindo modalidade de assistência judiciária – deve reputar-se transferida para a Defensoria Pública: essa, porém, para esse fim, só se pode considerar existente, onde e quando organizada, de direito e de fato, nos moldes do art. 134 da própria Constituição e da lei complementar por ela ordenada: até que – na União ou em casa Estado considerado -, se implemente essa condição de viabilização da coitada transferência constitucional de atribuições, o art. 68. C. Pr. Pen. será considerado ainda vigente: é o caso do Estado de São Paulo, como decidiu o plenário no RE 135328" (No mesmo sentido: RE 135328/SP. No STJ com a mesma orientação:

RSTJ 105/348; STJ: REsp. nº 94.070-SP, 4ª T., Rel. Min. Barros Monteiro, DJ de 09.06.97, p. 25.575; REsp. nº 180.890-SP, 4ª T., Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 03.11.98, p. 172; REsp. nº 134.736/MG, 4ª T., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 09.12.97, p. 64.714).

De fato, por essa interpretação, o art. 68 do CPP está em processo de inconstitucionalização progressiva, isto é, com a transferência dessa atribuição do Ministério Público à Defensoria Pública. Mas, como o cidadão não pode ficar sem o amparo jurídico do Estado, mantém-se a legitimidade do Parquet para propor a ação civil ex delicto, enquanto não implementada esta substituição (RE 196.857-SP (AgRg), Rel. Min. Ellen Gracie; RE 208.798-SP, Rel. Min. Sydney Sanches; RE 213.514-SP, Rel. Min. Moreira Alves; RE 229.810-SP. Rel. Min. Néri da Silveira – RE 295.740-SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; RE 341.717/SP, Rel. Min. Celso de Mello, Informativo do STF nº 272).

Cabe ao membro do Ministério Público fiscalizar e requerer ao magistrado a fixação na sentença do valor para a reparação dos danos. Para tanto, poderá, no curso da instrução criminal, buscar avaliar, dimensionar, o prejuízo sofrido pelo ofendido.[1]

9. Reparação do dano no processo criminal

Desenvolvemos um trabalho em torno da vítima no âmbito do direito criminal. Tivemos como preocupação sua conceituação, de colocá-la dentro de nossa legislação, mas dando também enfoques no direito alienígena, razão pela qual nos alicerçamos numa pesquisa estafante, mas gratificadora, pois colhemos subsídios em torno de inúmeros estudiosos. Situamos a vítima tanto no Direito Penal como no âmbito do Código de Processo Penal, no direito brasileiro e outros povos, bem como no estudo da criminologia, mas sempre direcionamos nosso trabalho em torno das tendências contemporâneas da vitimologia, o que efetivamente tem ocorrido em diversos países.

Existe uma idéia que se vai consolidando passo a passo no campo processual, que é a unificação de juízo, como já previa a velha escola positiva, ou seja, já no juízo penal, através da sentença criminal por parte do magistrado.

Como bem ensina Alexandre dos Santos Macedo, vivemos diariamente uma verdadeira guerra urbana, a qual atinge principalmente aos pobres, pois os ricos conseguem ainda se defender. O nosso ordenamento jurídico adotou com vigor o principio da separação, pois a pretensão da reparação do dano causado pelo crime somente poderá ser deduzida em ação civil na jurisdição civil, como dispõe o art. 64 do Código de Processo Penal. Mas não podemos olvidar que há uma grande influência das decisões penais sob a jurisdição civil, pois o Código de Processo Civil de 1973 ainda em vigor diz, com todas as letras, que a sentença penal condenatória transitada em julgado foi recebida como título executivo judicial.

Assim, segundo os ensinamentos de Victor Hugo Bermúdez, na obra "La Victima en el Processo Penal", se junto ao mesmo sistema adotado por nosso país o Uruguai, que em seu Código de Processo Penal, no art. 25, estabelece que a ação civil e a ação penal, que se fundem em um mesmo fato ilícito, deverão ser interpostas separadas e independentemente nas sedes respectivas.

Por outro lado, como explica o renomado Eugênio Raul Zaffaroni, na obra "Manual de Direito Penal" a Argentina, no seu Código de Processo Penal da Nação prevê a possibilidade de instauração dentro do juízo penal, de uma ação civil tendente a restituição e ao ressarcimento patrimonial do dano causado em razão do delito.

Antigamente, até 1929, a Argentina adotava um sistema de independência, em moldes semelhantes ao direito brasileiro. Esta mudança de sistema atribuiu ao titular da ação civil a faculdade de intentar a mesma em sede pena ou em sede civil, segundo a sua escolha. A reparação dos prejuízos esta prevista no título 4 do livro 1º, art. 29 a 33. A indenização do dano material e moral causado poderá ser determinada pela sentença condenatória, assim como a restituição da coisa obtida.

Em Cuba, na legislação penal e civil, o Tribunal que conhece o delito e declara os danos e prejuízos causados pelo mesmo declara também sua responsabilidade e sua extensão.

Na Espanha a legislação permite ao prejudicado pelo delito executar também no processo penal, a ação civil para obter a restituição da coisa, a reparação do dano.

O novo Código de Processo Penal do Paraguai, promulgado em 1998 e que entrou em vigor em julho de 1999, trouxe como uma das mudanças mais importantes em relação a vitima, a reparação dos danos logo que lograda a condenação ante ao mesmo tribunal que proferiu a sentença condenatória. Uma importante vantagem desse procedimento é a rapidez da indenização a vitima de um delito, estabelecendo-se um procedimento abreviado. É também estabelecida a possibilidade da extinção da ação penal pela reparação do dano em delitos de conteúdo patrimonial ou nos delitos culposos.

Segundo o Vitimólogo Luiz Rodrigues Manzanera, no México, assim como em Cuba, existe um fundo de reparação, integrado por quantias recebidas pelo Estado, derivadas de multas e pequenas porcentagens decorrentes da utilidade líquida anual de todas as indústrias, serviços e demais atividades lucrativas existente nos ordenamentos estatais.

Em Cuba, a Caixa de Ressarcimento é tida como entidade legal competente para cumprir as disposições relativas a responsabilidade civil que for declarada em sentença pelos tribunais populares. No país existem receitas com a finalidade de sustentar a Caixa de Ressarcimento, tais como: encargos cobrados em razão do atraso no pagamento da responsabilidade civil, responsabilidades civil não reclamadas por seus titulares no prazo legal, valores e finanças confiscados nos processos judiciais, entre outros tributos.

A grande novidade trazida pela flamante Lei 11.719/08 é a possibilidade de, na própria sentença penal condenatória, o juiz fixar valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido, como dispõe o art. 387, IV. Assim, além de aplicar a sanção penal, o juiz criminal deverá também estabelecer a sanção civil correspondente ao dano causado pelo delito, algo semelhante ao que ocorre em alguns países, como no México, onde, na lição de Bustamante, se "establece que la reparación del daño forma parte integrante de la pena y que debe reclamarse de oficio por el órgano encargado de promover la acción (o sea, que es parte integrante de la acción penal), aun cuando no la demande el ofendido."

Também "na Itália, a vítima pode ingressar no processo penal como parte privata, formando um litisconsórcio com o MP, com o fim de obter a reparação de dano. Em Portugal, o próprio MP pode requerer a reparação, nos autos do processo penal.". Conferir também, na Espanha, o artigo 108 da Ley de Enjuiciamiento Criminal, in verbis: "La acción civil ha de entablarse juntamente con la penal por el Ministerio Fiscal, haya o no en el proceso acusador particular; pero si el ofendido renunciare expresamente a su derecho de restitución, reparación o indemnización, el Ministerio Fiscal se limitará a pedir el castigo de los culpables."

Disposição semelhante já tem em nosso ordenamento jurídico-penal, mais especificamente no artigo 630 do atual Código de Processo Penal, quando se estabelece que na revisão criminal o "Tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos", caso em que o acórdão constituir-se-á título judicial executório a ser liquidado na ação civil respectiva, para se definir o quantum debeatur. Na Lei

[1] DEMERCIAN, Pedro Henrique. MALULY, Jorge Assaf. Curso de Processo Penal. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 153-160.

9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais), o artigo 20 já estabelece que a "sentença penal condenatória, sempre que possível, fixará o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido ou pelo meio ambiente."

Aqui, observa-se, mais uma vez, após a edição da Lei 9.099/95, a preocupação em se resguardar os interesses da vítima no processo penal. Nota-se, com Ada, Scarance, Luiz Flávio e Gomes Filho que esta lei insere-se "no generoso e atualíssimo filão que advoga a revisão dos esquemas processuais de modo a dar resposta concreta à maior preocupação com o ofendido."

García-Pablos, por exemplo, informa que "o abandono da vítima do delito é um fato incontestável que se manifesta em todos os âmbitos (...). O Direito Penal contemporâneo – advertem diversos autores – acha-se unilateralmente voltado para a pessoa do infrator, relegando a vítima a uma posição marginal, ao âmbito da previsão social e do Direito Civil material e processual".

A própria legislação processual penal relega a vítima a um plano desimportante, inclusive pela "falta de mención de disposiciones expressas en los respectivos ordenamientos que provean medidas para salvaguardar aquellos valores ultrajados".

Esta atenção com a vítima no processo penal é tema atual e tem sido motivo de inúmeros trabalhos doutrinários, como observou o jurista argentino Alberto Bovino: "Después de varios siglos de exclusión y olvido, la víctima reaparece, en la actualidad, en el escenario de la justicia penal, como una preocupación central de la política criminal. Prueba de este interés resultan la gran variedad de trabajos publicados recientemente, tanto en Argentina como en el extranjero;" (...) mesmo porque "se señala que com frecuencia el interés real de la víctima no consiste en la imposición de una pena sino, en cambio, en 'una reparación por las lesiones o los daños causados por el delito'". Neste sentido, veja-se obra bastante elucidativa de Antonio Scarance Fernandes.

Dois juristas italianos, Michele Correra e Danilo Riponti, também anotaram: "Il recupero della dimensione umana della vittima, molto spesso reificata, vessata, dimenticata da giuristi e criminologi in quanto oscurata da quella cosí clamorosa ed eclatante del criminale, soddisfa l'intento di rendere giustizia a chi viene a trovarsi in una situazione umana tragica ed ingiusta, a chi ha subito e subisce e danni del crimine e l'indifferenza della società."

Agora, por força do novo dispositivo, acrescentou-se um parágrafo único ao artigo 63, nos seguintes termos: "Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do caput do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido."

Merece destaque a legislação existente desde 2001 no Município de São Paulo, que trata da assistência às vítimas violência, onde, dentro outras coisas, consta que as vítimas terão assistência médica e psicológica integral de forma exclusiva ou subsidiária, durante todo o tempo necessário a reabilitação e que as vítimas terão orientação e assessoria técnica para a proposição e o acompanhamento de ações, visando o ressarcimento dos danos causados pela violência.

Lei nº. 13.198/01 e Dec. 43667/03 do Município de São Paulo.

A Lei 11.690/08 alterou diversos dispositivos do Código de Processo Penal, especialmente acrescentando cinco parágrafos ao art. 201, que trata da vítima de crime (ofendido na linguagem do Código), por isso merece aplausos o legislador pátrio, pelas alterações feitas com o intuito de valorizar a vítima no processo penal. Pela nova legislação, a vítima será comunicada do ingresso e da saúda do acusado da prisão, das datas de todas as audiências e da sentença e do acórdão (parágrafo 2º do art. 201 do CPP). Importante essa previsão, pois a vítima passa a ter conhecimento oficial do que de fato ocorreu com aquele que lhe causou o dano criminal, já que até então, a vítima, em regra, participava apenas da audiência para a sua oitiva, e raras vezes sabia o que acontecia com seu algoz, e ficava sujeita a diversos boatos do tipo: "ele praticou o crime e nada ocorreu"

A lei trata dos meios pelos quais a vitima será comunicada dos atos processuais citados e reserva espaço na sala de audiência para a vítima (§ 4º e 5º do art. 201).

Entretanto, a regra prevista no § 5º do art. 201 do CPP parece-nos a mais importante. Prevê que se o juiz entender necessário poderá encaminhar o ofendido para atendimento multidisciplinar, especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, as expensas do ofensor ou do Estado. Aqui se percebe uma clara preocupação com a vítima no que diz respeito as conseqüências do delito, tanto no campo social como psicológico. A vítima agora não mais será abandonada pelo sistema criminal, pois terá um atendimento especializado para que possa superar o trauma causado pelo delito, sobretudo naqueles de extrema gravidade, e que além do físico ou material, atinge o psicológico (crimes de estupro e atentado violento ao pudor, etc.)

O referido dispositivo visa, em suma, minorar a ocorrência da vitimização secundária da vítima, e por isso acreditamos que com o § 5 do art. 201 do CPP, os juízes adotarão, em regra, a postura de encaminhar a vítima para atendimento especializado sempre que o crime for grave ou envolver crianças ou adolescentes.

Mais uma vez também é preciso frisar que a Lei nº 11.719/2008 alterou tantos outros dispositivos do Código de Processo Penal preocupou-se com a vítima, estabelecendo no parágrafo único do art. 63 do citado código que "transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do caput do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido" e dando nova redação ao art. 387, IV, do CPP, onde o juiz ao proferir a sentença condenatória "fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido". Como se depreende dos citados artigos, o valor a ser fixado na sentença a título de reparação de danos é mínimo e não impede que a vítima ajuíze ação civil própria para complementação do ressarcimento por parte do autor do crime.

10. Fundo para reparação dos danos as vítimas de crime

Com as novas redações do art. 201, § 5º e 387, IV do CPP, entendemos mais do que necessário a instituição de um fundo de amparo às vítimas de crimes para se evitar a alegação de impossibilidade financeira para se reparar o dano e deixar a vítima com os prejuízos material e moral causados pelo crime, tornando as disposições legais inaplicáveis.

Nota-se que o condenado, durante a execução da pena, pode trabalhar, e para isso é remunerado (art. 29 da Lei 7.210/84), sendo aberto uma caderneta de poupança ao condenado que na época da libertação receberá o dinheiro (art. 29, § 2º da Lei 7.210/84) oriundo do seu trabalho na prisão.

Também a família do condenado não fica desamparada já que existe o benefício de prestação continuada chamado de auxílio reclusão, cuja existencia é justificada como forma de não deixar desamparado aqueles que dependiam economicamente do condenado.

Entretanto, as vítimas de crimes e seus familiares não possuem beneficio semelhante ao auxílio reclusão.

Com raras exceções (art. 16 do CP, por exemplo), a vítima acaba no prejuízo, quando, por exemplo, tem seu relógio furtado e não recuperado pela polícia.

Art. 16. Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços.

O fundo de amparo as vítimas de crimes poderia ser constituído das receitas obtidas com as multas penais, com os valores obtidos pela fiança criminal, confisco de bens e valores comprovadamente obtidos por meios ilícitos (art. 91, II, b, CP) e com verbas estatais. Também o dinheiro obtido pelo condenado com seu trabalho durante a execução da pena poderia ser revertido para o fundo, dando-se total aplicação ao art. 29, § 1º, a, da Lei 7.210/84, hoje praticamente esquecida.

O referido fundo serviria para que, sobretudo através do trabalho do condenado, do pagamento efetuado por ele da multa penal e da fiança criminal, houvesse uma reparação do dano à vítima, ainda que não fosse uma reparação integral, e para o pagamento do atendimento multidisciplinar mencionado no art. 201 do § 5º do CPP, quando necessário.

Nos crimes como homicídio consumado, os familiares da vítima seriam indenizados na forma de pensão com dinheiro do fundo, cujo valor seria arbitrado pelo juiz, assim como o tempo de duração, levando-se em conta as condições da vítima, a sua idade e expectativa de vida, etc.

Síntese Final

O direito penal antigo guarda algumas características, dentre as quais se destacam a intrínseca relação entre crime e pecado e a noção de que a prática de crime atentava contra coesão. Enquanto o crime era considerado uma ofensa às divindades, a principal finalidade da pena era aplacar a cólera dos deuses.

A vítima ou a coletividade a que pertencia, mais que um direito, tinha uma obrigação social de buscar a punição do culpado. Fala-se em vingança privada porque estava a cargo da vítima, mas a expressão não significa um direito de disponibilidade. Assim, mais que fornecer à vítima uma satisfação pessoal, a aplicação da sanção tinha por finalidade restaurar a harmonia perdida com a prática do delito.

Retirado o aspecto individualista, é possível fazer menção ao direito penal antigo como sendo a fase da "Idade de Ouro" da vítima, pois sua participação na solução do conflito era mesmo relevante. No antigo direito germânico essa relevância torna-se mais evidente e a composição era a principal forma de solução do conflito penal. A Idade de Ouro perdurou até o século XII d.C., período em que o caráter público da prática delitiva assumiu contornos mais marcantes e o exercício do jus puniendi foi tomado pelo Estado.

A evolução do direito penal, especialmente a partir das primeiras construções dogmáticas, é a história do afastamento da vítima, não considerada especialmente nem pela Escola Clássica nem pela Escola Positiva. A construção do conceito de bem jurídico como objeto da tutela penal dispensava a necessidade de ser enfocada a vítima concreta. A história da criminologia indica que, em seus primórdios, tampouco foi a vítima objeto de maiores considerações. Só recentemente a vítima passou a ser objeto de especial interesse na criminologia.

Nos últimos tempos, a temática relacionada à vítima tem ocupado grande destaque teórico e prático, de modo que se costuma falar em um novo protagonismo ou redescobrimento da vítima. Embora nenhuma das expressões seja adequada, é facilmente identificável um "movimento vitimológico" na atualidade.

As origens do movimento vitimológico estão relacionadas ao nascimento do movimento internacional de direitos humanos no período pós-guerra. No final da década de 40, surgiram os primeiros estudos sistematizados sobre a vítima, entendendo alguns autores ter sido então fundada uma nova ciência, a vitimologia.

A evolução da vitimologia revela ter sido trilhado por esta caminho semelhante ao da criminologia, pois as primeiras abordagens científicas partiam de um questionamento etiológico. Assim como ocorreu com a criminologia, tal enfoque sofreu muitas críticas, mas tem sido recentemente reabilitado.

No campo deste trabalho, optou-se por uma definição restrita de vítima, em razão de especial interesse pelas vítimas de crimes. Essa opção não significa que se tenha negado a possibilidade de vir a ser a vitimologia estudada como ciência independente, tendo como objeto outras categorias de vitimas. De qualquer forma, uma absoluta independência seria estéril. Acrescente-se que o método que possibilita um melhor aproveitamento do conteúdo de cada campo do saber é o da interdisciplinariedade, desde que as relações estabelecidas entre as diversas disciplinas não sejam relações de poder.

A vítima que constitui o objeto deste estudo é a vítima de crime. Embora sejam feitas algumas referências na doutrina aos crimes sem vítima, a expressão é inadequada quando pretende fazer referência aos crimes de vítima difusa ou multivitimários. Essas expressões preferem àquela. Por se tratar a restringir a abordagem às vítimas de crimes, é mais adequado tratar de um enfoque vitimológico na criminologia.

O enfoque vitimológico proposto tem especial relevância em quatro aspectos: o estudo das tipologias, as pesquisas de vitimização, a perspectiva abolicionista vitimológica e, por fim, os processos de vitimização e o decorrente reconhecimento dos direitos das vítimas.

O movimento vitimológico causou um impacto também nas concepções de política criminal. Podem ser identificadas políticas de exclusão, que vêem um antagonismo entre os direitos das vítimas e os direitos doa acusados, como no movimento da Lei e da Ordem, e políticas de inclusão que, sem considerar a existência desse antagonismo, propõe soluções que integrem a vítima ao sistema penal, reivindicando guarida às suas pretensões.

O impacto do movimento vitimológico no direito penal gera duas concepções aparentemente antagônicas, representadas pela vitimodogmática e pelas propostas de satisfação à vítima.

A vitimodogmática não é só uma renovação do questionamento etiológico, inspirado pela concepção blame the victim. Ao contrário, tem importantes reflexos na teoria do delito, constituindo campo de pesquisa essencial à busca de soluções mais justas, em que nenhuma das partes envolvidas no campo penal sofra uma sobrecarga de responsabilidade.

Os modelos de satisfação à vítima são diversos e têm recebido grande atenção tanto no campo doutrinário como prático. Destacam-se o modelo de reparação proposto no projeto alternativo alemão e o modelo de reparação proposto no projeto alternativo alemão e os modelos informais de conciliação, mais freqüentes nos países da common Law.

A partir das críticas feitas a esses modelos, é possível a identificação de um conflito entre os interesses da vítima potencial e os da vítima real. Para aquela estiveram sempre direcionadas as perspectivas de um direito penal centrado na prevenção. Porém, as reivindicações da vítima real, recriada pelo movimento vitimológico, dizem respeito á solução do conflito já ocorrido. Tal conflito deve ser resolvido por uma síntese entre as duas perspectivas, mas os interesses da vítima real só podem ser atendidos desde que não impliquem na desvirtuação do direito penal garantista.

As propostas de solução alternativa de conflitos penais, conciliação e composição, trazem um risco sério ao eliminar algumas formalidades necessárias ao cumprimento das finalidades do direito penal. Caso revelada a inexistência de interesse público na solução do conflito, a melhor opção é a despenalização.

As medidas de reparação devem ser incentivadas no direito penal, sem que, no entanto, a reparação do dano seja transformada na finalidade precípua do direito penal. Tal concepção implicaria na abolição dos princípios do direito penal mínimo e da ultima ratio, tão caros ao Estado Democrático de Direito, e implicaria na inversão do significado de ilícito penal e ilícito civil.

O Estado deve estar sempre presente na solução do conflito penal, pois é a representação da sociedade, vítima constante em todos os crimes e, ao mesmo tempo, fator criminógeno. Em uma aplicação dos conceitos vitimodogmáticos, a retirada do Estado implicaria em uma sobrecarga para as partes remanescentes.

Um conceito fundamental que deve estar presente nas elaborações legislativas referentes à reparação é que, no âmbito penal, esta é essencialmente distinta da reparação civil. Enquanto a reparação civil visa o restabelecimento do status quo ante, no âmbito penal esse restabelecimento, por tratar-se o crime de um problema social inextirpável, é muitas vezes impossível. Demais disso, a reparação penal, na brilante percepção de Silva Sánchez, diz mais respeito ao autor que a vítima.

O movimento vitimológico tem aspectos fundamentais e relevantes para a exata compreensão do fenômeno da criminalidade. Causa mesmo espécie o longo olvido da vítima. Um direito penal mais justo e mais humano deve considerar necessariamente todas as partes envolvidas no conflito penal, cujos interesses específicos, porém, devem ser dimensionados em um enfoque garantista.

Necessidade de aperfeiçoamento

Como bem escreve Antônio Scarance Fernandes em sua obra "O Papel da Vítima no Processo Penal", com previsão constitucional da ação privada subsidiária, no plano legal perde interesse a discussão sobre a sua conveniência, sempre questionada. A posição assumida pela Constituição está em inteira consonância com todo o movimento internacional consistente em dar à vítima maiores poderes dentro do processo criminal. Por outro lado, tendo a ação privada caráter subsidiário e, ainda, deixando de aplicar-se aos casos de arquivamento do inquérito, não representa excessiva privatização do direito processual penal, nem o retorno ao sistema antigo em que prevalecia o interesse individual na persecução criminal. Por fim, representa eficiente forma de o cidadão mais interessado na repressão de determinado delito - a vítima – exercer fiscalização sobre a ação do Ministério Público.

Contudo, segue Scarance, na prática são raros os casos em que a ação pública é intentada por iniciativa privada. Em grande parte, isso resulta do fato de o promotor manifestar-se dentro do prazo. Mas há outras razões. Não convém, normalmente, ao ofendido antecipar-se, ainda que decorrido o prazo para a acusação pública, sendo-lhe preferível aguardar a denúncia e ingressar depois como assistente do Ministério Público: terá a seu favor toda a força da acusação feita por um órgão do Estado e o empenho deste em buscar o resultado condenatório. Ainda, é custoso o processo para o ofendido, obrigado a arcar com as custas e os honorários advocatícios; também pouco lhe aproveitam os serviços de assistência judiciária, oficiais ou particulares, que apresentam dificuldades para dar conta até mesmo da defesa dos réus pobres.

Ademais, conclui Scarance, que pouco efeito prático teria a admissão da ação subsidiária depois de determinado o arquivamento pelo juiz. Este dificilmente receberia a queixa da vítima. Se reformada a decisão, vindo o Tribunal a aceitar a queixa, funcionaria o mesmo juiz que, constrangido a instruir e julgar uma acusação para ele inadmissível, teria grande propensão a mostrar que o processo sequer devia ter nascido. Também o Ministério Público, instado a funcionar e, inclusive, a assumir como parte principal em caso de negligência do querelante, muito provavelmente agiria com ânimo contrário aos interesses da vítima. Há, ainda, os gastos com a contratação de advogados e com as despesas do processo, restringindo muito o número de pessoas que, realmente, poderiam se utilizar da ação subsidiária; restaria aos pobres a via estreita e penosa da assistência judiciária, que, entre nós, não tem conseguido absorver satisfatoriamente nem mesmo a defesa dos réus necessitados.

Scarance Fernandes entende ser preciso mudar, com o qual concordamos.

Destaca que algumas soluções vem sendo apresentadas, surgem em outros textos ou decorrem de legislações estrangeiras. Podem depender de adaptações do sistema, importar em reforma constitucional ou em alterações da lei ordinária, mas devem ser pensadas, buscadas, para que se dê à participação da vítima no processo criminal maior vigor.

Caminho novo, já defendido antes e até em parte admitido no então Projeto Frederico Marques, como sustenta o festejado membro do Ministério Público de São Paulo e escritor Scarance Fernandes, é o de se submeter o pedido de arquivamento a controle hierárquico direto e necessário nos crimes mais graves, admitindo-se, para o arquivamento nos demais delitos e para os casos de demora na atuação do promotor, que a vítima possa pedir reexame ou avocação por órgão superior do Ministério Público, dotado de poderes para acusar ou determinar que se acuse. Implicaria, contudo, profundas mudanças na própria estrutura do sistema processual penal, com a exclusão do controle do arquivamento pelo Poder Judiciário.

Outro mecanismo lembrado por Scarance, que não importaria em afastar a fiscalização do juiz, mas, por outro lado, levaria a inevitável diminuição do poderdo Ministério Público sobre a ação penal, seria o de permitir que a vítima, como já sucede em legislações estrangeiras, pudesse requerer sua intimação quando fosse pedido o arquivamento, abrindo-se-lhe oportunidade para apresentar a queixa subsidiária antes de o juiz decidir: a este caberia resolver, caso oferecida a queixa, se acolhe a solicitação de arquivamento ou admite a acusação privada. Dentro dessa mesma linha, possível variante consistiria em se admitir a iniciativa privada por determinado período, caso o juiz discordasse do pedido de arquivamento, antes de os outros serem encaminhados ao Procurador Geral.

Também é importante que se amplie a trilha aberta com o Código do Consumidor, que, no artigo 80, admitiu ação penal subsidiária em infrações penais que envolvam relações de consumo por "entidades e órgãos da administração pública direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código", e "associações legalmente constituídas há pelo menos 1 (um) ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código" (art. 82, III e IV). Não é inconstitucional esse dispositivo porque admite queixa por entidades públicas e privadas, pois a referência à ação provada no texto da Carta Magna não deve ter interpretação restrita, limitada à ação da vítima individual, devendo-se ler no art. 5º, LIX, a expressão ação privada como ação não pública, ou seja, a que não é oferecida pelo órgão oficial encarregado da acusação – o Ministério Público.

Enfim, há necessidade de avanços no sistema, dotando-se a vítima, e corpos intermediários que possam representar seus interesses, de eficientes mecanismos de vigilância sobre a acusação pública, sem, contudo, propiciar-se indevido retorno a fases superadas de prevalência do interesse privado sobre o público.

Por ocasião do emblemático julgamento do ex Ministro da Fazenda e Deputado Federal Antônio Palocci (PET 3898), o STF, alicerçado no art. 268 do Código de Processo Penal[2], proibiu o advogado da vítima, o caseiro Francelino, de fazer sustentação oral, tendo apenas o Ministro Marco Aurélio se posicionado de forma contrária.

Na realidade, foi uma derrota da vítima, pois ele não pode ser representado na nossa maior Corte pelo fato de que não havia ainda processo-crime e discutia-se apenas o recebimento da denúncia.

Isto leva a um julgamento injusto e desproporcional, pois a vítima não pode ser representada.

Temos que evoluir e fazer com que a vítima seja representada sempre que houver formalização de qualquer atividade na fase procedimental.

Há doutrinadores que sustentam a tese de que a assistência da acusação, após a Constituição Federal de 1988, seria inconstitucional, o que, data vênia, parece-me um absurdo.

No meu trabalho de Doutorado, que defendi na Faculdade de Direito de Buenos Aires, em tono da vítima no direito criminal, defendi veementemente que a vítima deve passar a ser reconhecida dentro do processo, pois não pode ficar a mercê da atuação do Ministério Público. Observa-se que em nosso país existe uma corrente forte no Ministério Público que discorda desta tese, pois, equivocadamente conclui que o Ministério Público perde força dentro do processo se a vítima adquirir ferramentas para tanto.

Na realidade, deve haver uma convivência harmônica entre Ministério Público e vítima. Isto já está ocorrendo em diversos países e no meu trabalho de conclusão final do Doutorado na Universidade de Granada, que pretendo ainda neste ano defender, socorro-me da doutrina alienígena e cito diversas obras, entre as quais "Processos Penais da Europa, organizado por Mireille Delmas-Marty.

---

[2] Art. 268. Em todos os termos da ação pública, poderá intervir, como assistente do Ministério Público, o ofendido ou seu representante legal, ou, na falta, qualquer das pessoas mencionadas no art. 31.

Não há outro caminho. Ou o Ministério Público alia-se a vítima e tenta sensibilizar o legislador de criar ferramentas (leis) que possam torná-la forte no processo, principalmente quando o representante do parquet fica inerte, ou a nossa Instituição perderá terreno.

Paralelamente a isso, deve o Ministério Público, tanto a nível federal quanto estadual, criar políticas internas que vão ao encontro dos interesses da vítima, como promotorias especializadas, pois o direito penal moderno não pode prescindir da figura da vítima, a qual deve ser estudada cientificamente.

A Lei 9.099/95, através dos institutos da transação e da suspensão do processo, criando a disponibilidade da ação por parte do parquet realmente proporciona ao Ministério Público preocupar-se com os interesses da vítima, o que, certamente, colabora com a redução dos conflitos e a construção da paz social, pois a mesma reflete, juntamente com outras leis extravagantes, como a dos crimes do meio ambiente, Maria da Penha e Código do Consumidor, reflete o impacto do movimento vitimológico no direito penal.

Referências Bibliográficas

ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. Processo Criminal Brasileiro. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos.

BERISTAIN, Antônio. Nova Criminologia à Luz do Direito Penal e da Vitimologia. São Paulo: Editora UNB, 2000.

BERMÚDEZ, Victor Hugo. La Víctima en El Processo Penal. Buenos Aires: Depalma, 1997

BITTENCOURT, Cezar Roberto. Juizados Especiais Criminais e Alternativas à Pena de Prisão. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

CERVINI, Raul. Los Procesos de Descriminalización. Faculdad de Derecho y Ciencias Sociales – Uruguai, 1992.

CHRISTIE, Nils. A Indústria do Controle do Crime. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

COSTA, Leonardo Luiz de Figueiredo. **Limites constitucionais do direito penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). Processos Penais da Europa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FERNANDES, Antonio Scarance. O Papel da Vítima no Processo Criminal. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

KOSOWSKI, Ester; PIEDADE JUNIOR, Heitor (Org.). Temas de Vitimologia II. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

LARRAURI, Elena. **Criminologia Crítica y Violência de Gênero**. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

LLANO, Abelardo Rivera. La Victimologia, um Problema Criminológico. Santa Fé de Bogotá: Editora Jurídica Radar, 1997.

MACEDO, Alexander dos Santos. Da Eficácia Preclusiva Panprocessual dos Efeitos Civis da Sentença Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1989. .

MANZANERA, Luis Rodriguez. Vitimologia – Estudo de La Vítima. 2. ed. México: Editora Porruá, 1990.

MELIÁ, Manuel Câncio. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor em actividades arriesgadas. in CALLEGARI, André Luis. GIACOMOLLI, Nereu José (Org.) Direito Penal do Inimigo – Noções e Críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MOLINA, Antonio Gárcia-Pablo de. Criminologia – Uma Introdução a seus Fundamentos Teóricos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. A Vítima e o Direito Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

PIEDADE JUNIOR, Heitor. Vitimologia – Evolução no Tempo e no Espaço. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993.

PIEDADE JUNIOR, Heitor.Crimes Contra a Pessoa. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

SANCHEZ, Jesus Maria Silva. Eficiência e Direito Penal. São Paulo: Manole, 2003.

THEODORO JUNIOR, Humberto; GRECCO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro. Forense, 2000.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. Manual de Direito Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

045

O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO DE AGENTE POLÍTICO COMO MEIO DE PREVENÇÃO À CRIMINALIDADE

Tiago Cintra Essado*

Promotor de Justiça/SP

Síntese Dogmática

Não se afigura constitucional limitar o exercício das funções ministeriais, seja em primeira ou segunda instância, única e exclusivamente à demanda judicial. Dentro da ordem constitucional vigente é dever do membro do Ministério Público desenvolver atividades extrajudiciais, assumindo a postura de liderança e coordenação inicial, especialmente junto à comunidade hipossuficiente, como forma de fortalecer a cidadania, em uma perspectiva individual e coletiva, fomentando e fortalecendo a organização social, diagnosticando a realidade vigente, seus problemas e propostas resolutivas, para que, na seqüência, haja interação junto ao Poder Público como forma de se buscar os meios para a transformação social, visando ao fim especial de se promover práticas que redundam em prevenção à criminalidade.

FUNDAMENTAÇÃO

O Ministério Público tem por definição constitucional ser instituição essencial à função jurisdicional do Estado, com o dever de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127).

Nesse sentido, como parâmetro inicial de atuação ministerial deve-se sempre perquirir as diretrizes constitucionais, especialmente aquelas que traçam valores que bem definam os contornos que devam circunscrever o Estado Democrático de Direito, pretendido a partir da Constituição Federal de 1988, a fim de que se tenha real noção e alcance do adequado exercício das funções do membro do Ministério Público.

Cumpre registrar, por oportuno, que tais valores não atuam como vetores discricionários a pautar ou não a atuação ministerial, segundo o livre arbítrio do órgão de execução ou mesmo da chefia da instituição. Trata-se de conjunto normativo que acaba por vincular a atuação ministerial, seja individual, seja da Procuradoria-Geral de Justiça, ao definir diretrizes e critérios básicos aptos a estabelecer prioridades de atuação, coordenando as atividades dos órgãos de execução.

Com efeito, dois fundamentos constitucionais do Estado Democrático de Direito, que guardam especial consonância com a atuação do Ministério Público voltada ao combate à criminalidade, merecem ser ressaltados: a cidadania e a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1°, inc. III).

Nessa linha de raciocínio, cumpre concluir que o Ministério Público deve pautar sua atuação criminal dentro destes fundamentos constitucionais, com o fim de alcançar os objetivos fundamentais da República, especialmente a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (CF, art. 3°, inc. I).

A limitação da atividade ministerial à demanda judicial, proveniente, em sua larga maioria, das atividades produzidas pela polícia não tem o condão de cumprir as exigências constitucionais na íntegra. Cabe também ao Ministério Público aproximar-se da comunidade, ouvi-la, com o fim de diagnosticar a realidade vigente, colhendo informações úteis e necessárias para a superação de problemas existentes, que podem culminar em melhorias estruturais, diminuindo, com isso, práticas criminosas.

O Ministério Público somente cumprirá suas atribuições constitucionais a partir do momento em que exercer, na maior plenitude possível, a função de agente político. E isto somente será possível com a real e efetiva proximidade

* Mestre em Direito Público pela UNIFRAN. Autor da obra *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*. Editora Sergio Antonio Fabris Editor.

com a comunidade, assim também com os poderes constituídos. E, para tanto, deve ser revista a figura do "promotor de gabinete", limitado à análise dos autos e, por conseguinte, às atividades policiais. Nesse sentido, deve ser inserida em uma postura constitucional ministerial a necessidade de se aproximar da comunidade e, partir do diagnóstico feito com esta prática, promover o estreitamento com os poderes públicos visando à resolução do que for necessário para a transformação social.

Sem dúvida alguma que várias práticas criminosas perpetuam-se por conta da inércia do Poder Público não somente em razão de ausência de postura repressiva, mas também por conta da ausência do desenvolvimento de medidas e políticas públicas que, uma vez realizadas, alteram as condições sociais e minimizam a criminalidade.

Enfim, ouvindo a comunidade e diagnosticando a realidade vigente torna-se possível aferir a existência de condições que estão fomentando a criminalidade. Seja a ausência de programas esportivos que permitam oferecer às crianças e jovens alternativas frente à força exercida pelo tráfico de drogas, que permite status e visibilidade; seja a ausência de creches; seja a existência de imóveis ocupados ilegalmente, muitas vezes transformados em verdadeiros "pontos de tráfico", ou seja, tudo isto bem colabora para a permanência de condições que provocam, consequentemente, a perpetuidade de práticas criminosas.

Quer-se, desse modo, concluir que o contato do Ministério Público com a comunidade acaba por fortalecer o sentimento de dignidade existente, inegavelmente, no cidadão, e, por conseguinte, promove-se a construção da cidadania, demonstrando que não somente aos poderes constituídos está a função de resolver os problemas da sociedade, mas sim à própria comunidade.

E atua como agente político o órgão ministerial a partir do momento em que provoca e contribui para o desenvolvimento de líderes comunitários, que, em última análise, exercerão, após adequada e bem feita intervenção, a função de "braços" do Ministério Público junto à comunidade. O Ministério Público, por sua vez, deve, a partir dos dados coletados, exercer gestão administrativa, isto é, extrajudicial, preliminarmente, junto aos poderes públicos, com o fim de se alterar a realidade social, com o fim de prevenir a criminalidade.

CONCLUSÃO OBJETIVA

Em conclusão, constata-se que a nova ordem constitucional, que já não é tão nova assim, exige nova postura ministerial a fim de que haja adequação entre o exercício prático e os valores constitucionais reinantes. Em razão deste raciocínio, diversas novas formas de atuação por parte do Ministério Público foram adotadas no âmbito criminal. Vem se aperfeiçoando as atividades de cunho repressivo, o fomento à constituição de grupos voltados à repressão da criminalidade organizada, porém também é preciso destacar a imperiosa necessidade, dentro da nova ordem constitucional, de que o Ministério Público se aproxime da comunidade e dos poderes públicos para melhor trabalhar com aspectos voltados à prevenção da criminalidade, assumindo, desse modo, postura pró-ativa.

046

PARÂMETROS DE ANÁLISE DA NECESSIDADE DE EXAME CRIMINOLÓGICO PARA PROGRESSÃO DE REGIME NO CUMPRIMENTO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Marcus Vinícius Amorim de Oliveira*

Promotor de Justiça/CE

Sumário: 1. Colocação do Problema; 2. Exame criminológico e outras perícias e pareceres técnicos; 3. Inexigibilidade do exame criminológico a partir da vigência da Lei nº 10.792/03; 4. Hipóteses de necessidade de realização do exame criminológico; 5. Conclusões; Referências bibliográficas.

Resumo: O presente trabalho oferece parâmetros adequados para a avaliação da necessidade de realização de exame criminológico, especificamente para fins de progressão de regime no cumprimento de pena privativa de liberdade, a partir da aceitação, tanto pela doutrina como pela jurisprudência, da viabilidade dessa perícia técnica, mesmo depois da entrada em vigor da Lei nº 10.792/03. Para tanto, considera-se a distinção entre exame criminológico, exame de personalidade e parecer das CTC – Comissões Técnicas de Classificação, bem como a incidência do princípio constitucional da invidualização da pena e da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais.

1. Colocação do problema

Na redação original da Lei nº 7.210/84, que disciplina a execução penal, a submissão do apenado ao exame criminológico, por ocasião da avaliação do mérito para uma eventual progressão de regime de cumprimento de pena privativa de liberdade, constituía uma providência de natureza obrigatória. Todos os estabelecimentos penitenciários, e facultativamente, aqueles que recebem presos provisórios, deveriam dispor de profissionais habilitados para a efetuação do chamado exame criminológico. Tratava-se, em suma, de um postulado com raízes fincadas no projeto de ressocialização através do isolamento do cárcere e na crença da cientificidade da Criminologia clínica.

A Lei nº 10.792/03, porém, dentre outras medidas, excluiu a obrigatoriedade do exame criminológico, de tal maneira que, em princípio, com base na nova redação do art. 112, da Lei de Execução Penal, o pedido de progressão de regime pode ser apresentado em juízo instruído apenas com uma certidão narrativa, para aferição do tempo de execução de pena, e um atestado ou declaração de comportamento carcerário, emitido pela administração do estabelecimento penal. Nesse aspecto, a alteração legislativa encontrou ampla rejeição por parte de magistrados e membros do Ministério Público, e ao mesmo tempo, impôs mais um desafio para a doutrina especializada, que se vê na contingência de encontrar soluções dentro do sistema jurídico para justificar a realização da perícia, agora tida como dispensável ou inexigível, pelo menos, em casos concretos nos quais essa medida se revela absolutamente necessária ou extremamente conveniente.

O STJ consolidou o entendimento de que o exame criminológico, de fato, não é mais obrigatório para que o apenado tenha direito à progressão de regime prisional, porém, o magistrado pode, segundo o STJ, requisitar a realização do exame criminológico quando considerá-lo uma providência necessária, desde que o pedido seja adequadamente fundamentado.

A intervenção do Ministério Público, assim como do defensor do apenado, quando a análise da progressão é originada ex officio, é indispensável. Neste trabalho, buscamos analisar o atual contexto jurídico do exame

* Promotor de Justiça no Estado do Ceará, Professor da ESMP – Escola Superior do Ministério Público do Estado do Ceará e da FANOR – Faculdades Nordeste.

criminológico e propor critérios razoáveis para orientar o membro do Ministério Público no posicionamento em torno da realização ou dispensa do exame criminológico.

Cabe ressaltar, desde logo, que idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes, o que permite entrever o alcance da matéria posta em tela.

Alvino Augusto de Sá, reconhecido estudioso das questões carcerárias, estabelece a seguinte distinção: exame criminológico (arts. 8º e 112, LEP), exame de personalidade (art. 9º) e parecer das CTC (arts. 6º e 112). Segundo o autor, após a reforma, continuam sendo previstos o exame criminológico feito pra fins de classificação e individualização (art. 8º) e o exame de personalidade (art. 9º). Dessa forma, o parecer das CTC foi extinto, assim como o exame criminológico realizado para instruir pedidos de benefícios legais na progressão de regime (art. 112).

No entanto, a jurisprudência dos tribunais, principalmente depois da Lei nº 10.792/03, promove uma confusão entre as diferentes modalidades de exames e pareceres realizados sobre o comportamento e o perfil de personalidade do apenado. Considera o exame criminológico como um verdadeiro gênero, aceitando a utilização do termo em circunstâncias variadas.

O propósito deste trabalho, pois, consiste em apresentar parâmetros suficientemente adequados nos quais possa se sustentar o membro do Ministério Público por ocasião de sua intervenção para análise da necessidade de consecução do exame criminológico.

2. Exame Criminológico e outras perícias e pareceres técnicos

O exame criminológico se baseia no aspecto biopsicosocial do indivíduo. Esta a sua natureza. Demais disso, tem em perspectiva apontar o melhor tratamento para a ressocialização do delinqüente, sob os parâmetros predominantes no sistema punitivo moderno, ainda estruturado no encarceramento. Para Alvino Augusto de Sá, "*o exame criminológico é uma perícia. Como tal, visa o estudo da dinâmica do ato criminoso, de suas 'causas', dos fatores a ele associados. Oferece, pois, como primeira vertente, o diagnóstico criminológico. À vista desse diagnóstico, conclui-se pela maior ou menor probabilidade de reincidência, tendo então aí a segunda vertente, o prognóstico criminológico* (...) *Espera-se, pois, que a observação criminológica conclusa com recomendações sobre medidas a serem adotadas em relação ao preso, com vistas à otimização da execução e à maior eficácia da pena reclusiva, propondo, inclusive, se for o caso, um regime mais brando*".

O problema da ressocialização está inserido no contexto da própria concepção que se faz da pena, como mecanismo de punição decorrente de uma conduta que infringe uma norma jurídico-penal. Segundo Morzelli, a pena tem dois objetivos em si mesmos inconciliáveis: por um lado, pretende ser um castigo, e por isso, é um mal causado ao delinqüente; e de outro, propõe-se a ser ressocializadora, como oportunidade de reajustamento da conduta do indivíduo aos padrões sociais, e assim, é um bem oferecido ao criminoso. Logo, torna-se muito mais fácil crer que, desse jeito, a pena não consiga alcançar nem uma coisa nem outra.

Embora tradicional em nosso direito, a proposta de ressocialização através da execução da pena merece ser revista. Na colocação muito bem delineada pela escola crítica, corrente que vê no Direito Penal um dos grandes males da humanidade, não se consegue ressocializar afastando o delinqüente do convívio social, quando esse isolamento, em muitos casos, responde pelo acontecido.

No contexto jurídico, para efeito de adequada e justa aplicação da sanção penal, importante levar em consideração o entendimento do agente em relação ao caráter ilícito do fato. Nesse sentido, preconiza a lei que é isento de pena o agente que era, ao tempo da ação ou da omissão, por força de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Não sendo o caso, ainda assim a pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o sujeito, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (art. 26, CP).

Temos aí os conceitos de inimputabilidade completa ou parcial. No primeiro, o agente não compreende o que fez, simplesmente desconhece que sua conduta constitui crime. Não se trata, porém, de mera ignorância da lei. Para ser considerado inimputável, exige-se que o indivíduo não possua noção da natureza e das conseqüências de seus próprios atos. Há uma completa abstração da realidade daquela conduta. Por esse motivo, não se lhe aplica a sanção penal, pois de nada adiantaria encarcerá-lo junto a outros criminosos. Agora, se esse entendimento é parcial, a pena se faz incidente, embora com redução proporcional ao grau de compreensão. Em ambas as situações, contudo, o tratamento é específico e diferenciado.

Há várias espécies de exames, todas elas interligadas: morfológico, funcional, psicológico, psiquiátrico, moral, social e histórico. Convém, agora, determinar seu conteúdo.

a) Morfológico: analisa-se a compleição física, anatômica do indivíduo, com vistas à identificação de alguma característica relevante[1];

[1] Esse tipo de exame tem perdido importância, porque vinculada à desprestigiada teoria do atavismo, de Cesare Lombroso, segundo a qual o criminoso nato poderia ser identificado a partir de certas características anatômicas.

b) Funcional: este exame se destina à descrição do funcionamento orgânico, sensorial e motor do indivíduo, para evidenciar alguma deficiência;

c) Psicológico: este é o tipo de exame que mais se aproxima dos objetivos gerais do estudo sobre o indivíduo criminoso, uma vez que é capaz de delinear os aspectos essenciais de sua personalidade;

d) Psiquiátrico: estuda-se a mente do sujeito para descobrir se há alguma espécie de transtorno capaz de ter influenciado a conduta criminosa;

e) Moral: investiga-se o conjunto de valores morais do indivíduo, numa atitude comparativa em relação aos padrões vigentes na sociedade, e com isso, procura-se explicitar alguma dissonância suficientemente importante;

f) Social: este exame procura analisar a conduta do indivíduo no meio social, ou seja, na comunidade em que se achava inserido por ocasião do cometimento do delito, tentando esclarecer o modo pelo qual ele se relacionava socialmente;

g) Histórico: trata-se de um estudo da história de vida do sujeito examinado, com o propósito de chegar a algum evento na infância, adolescência ou mesmo na idade adulta, que ajude a compreender melhor o comportamento daquele indivíduo.

O exame criminológico, ou uma de suas modalidades, pode ser aplicado, sob o ponto de vista jurídico-processual, em vários momentos da persecução criminal realizada pelo Estado.

Segundo o CPP, realiza-se o exame de sanidade mental – de caráter psiquiátrico, pois – da pessoa acusada no processo quando houver dúvida sobre a sua integridade mental. Nessas circunstâncias, o juiz ordenará, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do réu, seja este submetido a exame médico-legal. Esse exame poderá ser ordenado ainda na fase do inquérito, isto é, durante a investigação policial precedente à ação penal, mediante representação da autoridade (delegado) ao juiz competente.

Quando determinar o exame, o juiz nomeará curador ao acusado, ficando por isso suspenso o processo, se já iniciada a ação penal, salvo quanto às diligências que possam ser prejudicadas pelo adiamento (art. 149, CPP).

Ainda, pra o efeito do exame, o acusado, se estiver preso, será internado em manicômio judiciário, onde houver, ou se estiver solto, e o requererem os peritos, em estabelecimento adequado que o juiz designar. Convém ressaltar, também, que o exame não durará mais de 45 dias, salvo se os peritos demonstrarem a necessidade de maior prazo (art. 150, CPP).

Ao final de todo o procedimento de exame, se os *experts* concluírem que o réu era, ao tempo da infração, irresponsável, vale dizer, inimputável, o processo prosseguirá, com a presença do curador. Porém, se verificado que a doença mental sobreveio à infração, o processo continuará suspenso até que o acusado se restabeleça. O juiz poderá, nesta última hipótese, ordenar a internação do acusado em manicômio judiciário ou em outro estabelecimento adequado (arts. 151 e 152, CPP).

Já o exame criminológico, em sua completude, também é levado a cabo na fase de execução da pena. Com esse objetivo, determina o art. 5° da LEP, os condenados, assim chamados porque declarados como tais na sentença judicial, serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal. Este, inclusive, é um dos princípios basilares, norteadores de toda a execução penal.

A classificação será feita por comissão técnica de classificação que elaborará o programa individualizador e acompanhará a execução das penas privativas de liberdade e restritivas de direitos, devendo propor, à autoridade competente, as progressões e regressões dos regimes, bem como as conversões (art. 6°, LEP).

Referida comissão técnica de classificação, existente em cada estabelecimento, será presidida pelo diretor e composta, no mínimo, por dois chefes de serviço, um psiquiatra, um psicólogo e um assistente social, quando se tratar de condenado à pena privativa da liberdade. Nos demais casos, essa comissão atuará junto ao juízo da execução e será integrada por fiscais do serviço social (art. 7°, LEP).

Quando condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime fechado, ou excepcionalmente, em regime semi-aberto, o indivíduo será submetido a exame criminológico para a obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e com vistas à individualização da execução (art. 8°, LEP).

Consoante o art. 9° do mesmo diploma legal, a comissão, no exame para a obtenção de dados reveladores da personalidade, observando a ética profissional e tendo sempre presentes peças ou informações do processo, pode adotar as seguintes medidas: entrevistar pessoas; requisitar, de repartições ou estabelecimentos privados, dados e informações a respeito do condenado; realizar outras diligências e exames eventualmente necessários.

Cada exame em particular deve ser integrado aos demais para verificação da complexidade do perfil do criminoso e do tratamento adequado.

E já que mencionamos os tratamentos, eis os tipos previstos pela lei: fechado, aberto, livre e as medidas de segurança.

O tratamento fechado se aplica quando o indivíduo é condenado a iniciar ou integralmente cumprir a pena de reclusão, numa penitenciária, em regime também chamado de fechado.

Em seguida, temos o tratamento aberto, quando o indivíduo é levado a trabalhar fora do instituto prisional ou numa colônia agrícola, industrial ou similar. Ele se recolhe à cela apenas para o repouso noturno.

O tratamento mais liberal é o livre, em que a pessoa cumpre a pena sem absoluta restrição à sua liberdade de locomoção. Estão previstas na nossa legislação penas como a de prestação de serviços à comunidade, multa,

restrições de direito (a sair no final de semana, a dirigir veículo automotor etc.), vulgarmente conhecidas como "penas alternativas".

Finalmente, encontramos as medidas de segurança, executadas sobre os indivíduos considerados inimputáveis ou semi-imputáveis. No primeiro caso, aplica-se um tratamento em hospital psiquiátrico, e no segundo, o tratamento é ambulatorial.

Em síntese, o novo exame criminológico deve ter como propósito avaliar a reação do apenado à terapêutica penal e não um exercício de adivinhação sobre possíveis prognósticos de reincidência.

3. Inexigibilidade do exame criminológico a partir da vigência da Lei nº 10.792/03

Entendemos que a permanência do exame criminológico, embora na essência não mais se trate disso, mas de um parecer de CTC travestido de diagnóstico do apenado quando da avaliação do mérito para progressão de regime, resulta do fato de que o exame criminológico "deveria" ser realizado em dois momentos principais: no início da execução (art. 34, CP e art. 8º, LEP) e outro de classificação, como elemento de subsídio ao trabalho da CTC (art. 96, LEP). O primeiro não foi atingido pela reforma da Lei nº 10.792/03, mas o segundo, sim, já que a nova redação do art. 112 dispensa o parecer da CTC que, repetimos, é lastreado num exame criminológico, algo que poderia ser chamado de *exame criminológico de classificação*.

Para Mirabete: "*A Lei nº 10.792, de 1º-12-2003, que alterou diversos dispositivos da Lei de Execução Penal, passou a prever, com a redação dada ao art. 112, que a progressão, além do requisito temporal, exige 'bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento'. Mas a simples apresentação de um atestado ou parecer do diretor do estabelecimento penitenciário, após o cumprimento de um sexto da pena no regime anterior, não assegura ao condenado o direito de ser promovido a regime menos restritivo. Embora se passa inferir da nova redação do dispositivo intuito de redução do mérito, previsto na lei anterior, ao bom comportamento carcerário, no sistema vigente a progressão de regime pressupõe, como visto, não somente o ajustamento do condenado às regras do regime carcerário em que se encontra, mas também um juízo sobre a sua capacidade provável de adaptação ao regime menos restritivo. Essa avaliação mais abrangente e aprofundada, e, portanto, mais individualizada, das condições pessoais do condenado para a progressão, é inerente ao sistema progressivo instituído pela reforma penal de 1984*"[2] (p. 424, 11ª edição, Editora Atlas, 2007).

É nesse contexto, pois, que a jurisprudência dos tribunais, aí incluído o STJ, vem permitindo a realização do exame criminológico para fins de progressão de regime. Este é um aspecto lógico-sistemático. Mas numa perspectiva estritamente jurídica, também é assinalada a imprescindibilidade de fundamentação nas decisões proferidas pelo Judiciário (art. 93, XI, CF). Lembra Maurício Kuehne que "*é possível a submissão do apenado ao exame da CTC (Comissão Técnica de Classificação) para instruir pedido de progressão de regime, mesmo com o advento da Lei nº 10.792/03*"[3].

Não pode o Ministério Público requerer a realização do exame criminológico indiscriminadamente, ou tentando encontrar, de modo aleatório, algum fundamento para sustentar seu pleito.

A jurisprudência refere a "parecer psicossocial" e outras expressões similares a exame criminológico, admitindo-o quando "*as peculiaridades da causa assim o recomendarem*" (STJ, 5ª t., HC 99057/SP, Rela. Mina. Laurita Vaz, j.8.4.2008), isto é, "*desde que se evidencie a necessidade de uma análise pormenorizada acerca do preenchimento do requisito subjetivo pelo sentenciado*" (STJ, .5ª t., REsp 1075646/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, j.23.4.2009).

Apesar de não mais imprescindível, o exame criminológico pode se revelar, em certas circunstâncias, não somente recomendável mas até mesmo necessário. É sobre essas hipóteses que discorreremos a seguir.

4. Hipóteses de necessidade de realização do exame criminológico

As hipóteses capazes de configurar, isolada ou conjuntamente, a necessidade de realização de exame criminológico, embora entremeadas ou cogitadas nas decisões judiciais, não estão devidamente explicitadas, classificadas e conceituadas. A relação que se descortina a seguir, importa dizer, não está posta em ordem de importância nem de precedência. Somente no caso concreto é que se terá um ou mais desses elementos, bem como as circunstâncias pessoais do apenado é que determinarão a relevância de cada um deles na avaliação da necessidade do exame criminológico.

(1) Quando o apenado apresenta mau comportamento, registrado em declaração oriunda da administração carcerária.

Enquanto o tempo de cumprimento da pena é requisito objetivo, o bom comportamento é eminentemente subjetivo. O comportamento do apenado deve ser avaliado em consonância com o histórico de vida do apenado

[2] Execução Penal, p.424.
[3] Lei de Execução Penal Anotada, p.358.

dentro do sistema prisional, e em especial, durante sua permanência em razão da causa de que se cuida. O magistrado não poderia, afinal, ficar sujeito a algo que, no fundo, seria uma decisão do administrador. Se a declaração aponta mau comportamento, deverá obrigatoriamente apontar outros aspectos indicativos desse mau comportamento, tais como a natureza e período da conduta reputada ruim (tentativas de fuga, incitamento a motins, desobediência a ordens legais dos agentes prisionais). Aí estão incluídas, portanto, as faltas disciplinares sobre as quais não tenha ainda incidido punição disciplinar. Afinal, o bom comportamento no cárcere não é mais do que um dever do apenado.

(2) Quando o apenado é oriundo de comarca diversa

Nessas circunstâncias, o magistrado não possui quaisquer elementos indicativos do histórico do apenado. Ressalve-se a hipótese em que o juízo de origem do apenado encaminha cópias de todas as peças referentes ao retrospecto do apenado. Mas a absoluta falta de informações sobre o histórico criminal do apenado lança o julgador numa empreitada às escuras, ausente qualquer referencial para

(3) Cometimento de falta grave pelo apenado, devidamente aplicado em procedimento disciplinar

As faltas graves estão elencadas na LEP. As faltas graves indicam mau comportamento carcerário (Resolução CNPCP nº 7/2004). Isso não se confunde com a gravidade do crime pelo qual o apenado foi condenado.

5. Conclusões

Para fins de progressão de regime, entende-se como exame criminológico referenciado nas decisões judiciais aquele realizado não no início do cumprimento da pena privativa de liberdade em regime fechado ou semi-aberto (art. 8º, LEP), mas aquele efetuado durante a execução penal, como instrumento de apoio a programas de individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF, e art. 96, LEP), muito embora não mais se exija um parecer técnico do CTC, ao qual esse exame criminológico de classificação se destinava, para a progressão de regime (art. 112, LEP).

Não se pode contentar apenas com o certificado do tempo de cumprimento de pena, conforme o caso, e com o atestado de bom comportamento carcerário. Nestes termos, embora o exame criminológico não mais seja exigível a toda e qualquer execução de pena privativa de liberdade, quando configurada alguma das circunstâncias descritas no item anterior deste trabalho, pode o Promotor de Justiça solicitar a sua realização, o que servirá como fundamentação de seu parecer.

Sem os excessos de rigor da escola positivista, o exame criminológico pode, na atualidade, oferecer informações extremamente úteis ao julgador, e também ao membro do Ministério Público, na avaliação do mérito do apenado para a progressão de regime de cumprimento de pena privativa de liberdade.

Referências bibliográficas

KUEHNE, Maurício. *Lei de Execução Penal Anotada*, 6ª ed. Curitiba: Juruá, 2009.

MAILLO, Alfonso Serrano. *Introdução à Criminologia*. São Paulo: RT, 2008.

SÁ, Alvino Augusto de. *Criminologia Clínica e Psicologia Criminal*, São Paulo: RT, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4ª. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2004.

048

A CONTRAVENÇÃO PENAL DO PORTE ILEGAL DE ARMA BRANCA: UMA ABORDAGEM À LUZ DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E DO DIREITO PENAL TRANSDOGMÁTICO

Ubirajara Braga de Albuquerque[1], Danilo Lovisaro do Nascimento[2] e Vinicius Menandro Evangelista de Souza[3]

Corregedor-Geral do Ministério Público/AC e Promotores de Justiça/AC

I – EXPOSIÇÃO

O presente trabalho visa discutir o posicionamento que vem sendo sustentado por parte da doutrina e da jurisprudência, segundo o qual o porte de arma branca é considerado conduta atípica.

Apenas para melhor situar a discussão, por todos, transcreve-se o entendimento de Guilherme de Souza Nucci[4] sobre o assunto:

> Cuidando-se de armas de fogo, o art. 19 está completamente afastado desde a edição da Lei 9.437/97, agora confirmada a sua revogação pela Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento). No mais, ao tratarmos das denominadas *armas brancas* (por exclusão, as que não são de fogo), sejam próprias (destinadas ao ataque ou defesa, como punhais, lanças, espadas etc.), sejam impróprias (destinadas a outros fins, como machados, martelos, serrotes etc., mas usadas para ataque ou defesa, eventualmente), entendemos que o art. 19 é inaplicável. Não há *lei* regulamentando o *porte de arma branca* de que tipo for. Logo, é impossível conseguir *licença* da autoridade para carregar consigo uma espada.

Essa corrente, aparentemente revestida de legalidade e coerência interpretativa traz sérias implicações, pois na medida em que conquista mais adeptos descriminaliza uma conduta que é potencialmente perigosa para a sociedade e, muitas vezes, antecedente de comportamentos delitivos de extrema gravidade.

Não é preciso muito esforço para se concluir que o principal instrumento utilizado para o cometimento de delitos contra a vida ou integridade física das pessoas é a arma de fogo, mas as armas brancas respondem, também, por muitos casos de agressão e conforme a região do país até haverá uma diferença muito significativa neste dado, apresentando-se em alguns locais um número muito maior de casos em que a agressão ocorre com o emprego especialmente de instrumentos cortantes.

Assim, há que se ter cautela na verificação dos argumentos a favor do afastamento da incidência penal de uma conduta que é precursora de crimes graves e cuja repressão pode até evitar, ocasionalmente, o advento de condutas criminosas com sérias e irreparáveis consequências.

---

[1] Corregedor-Geral do Ministério Público do Estado do Acre.

[2] Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Acre. Professor Efetivo da Universidade Federal do Acre e Mestre em Direito - UFSC.

[3] Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Acre. Professor Efetivo da Universidade Federal do Acre e Mestre em Direito – UFSC.

[4] NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2006. p. 125.

Não se está querendo afirmar com isso que o caráter intimidador da norma penal evitaria a prática de condutas proibidas pelo ordenamento jurídico penal, uma vez que a sanção prevista para a contravenção do porte ilegal de arma é verdadeiramente branda.[5]

O que se coloca é que o porte de uma arma branca fora de casa é um comportamento socialmente indesejável, não bastando o exercício do Poder de Polícia para desestimular essa conduta.

A interpretação defendida por grande parte da doutrina e que ecoa na jurisprudência ainda minoritária, com todo o respeito aos entendimentos diversos, não é aquela que busca a maior proteção da sociedade e tampouco aquela que apresenta argumentos jurídicos definitivos e incontestáveis.

O comando que emana do texto legal é a proibição, ou seja, a vedação de se portar arma branca. Não se pode interpretar a norma às avessas, depreendendo-se do seu conteúdo que a regra é a permissão de qualquer pessoa portar arma. A norma prevê exatamente o contrário, todos estão proibidos de andar armado fora de casa ou das dependências desta.

A Administração pode regulamentar o porte, mas enquanto não o fizer não está autorizando que todos portem armas, pois este comando não decorre do tipo penal, nem está implicitamente inserido na norma.

Se um dia for regulado o porte de arma branca pela Administração, aí sim, teremos pessoas que atendidas às exigências da norma regulamentar poderão andar pelas ruas, portando, por exemplo, uma faca. Até que haja essa norma, entretanto, não há um direito reconhecido de se andar armado de facas, pois a norma contravencional proíbe o porte de arma branca.

Essa interpretação não atenta contra o art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, pois quando se estatui que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, isto significa que restrições a comportamentos dos cidadãos só poderão ser impostas pela lei.

A lei, porém, existe, consistindo especificamente na proibição do art. 19 do Decreto nº 3.688/41, prescrevendo que ninguém pode portar arma, salvo com licença da autoridade. Essa licença ainda não existe, pois não foi editada regulamentação, mas isto não repele a proibição, já que a norma tem um conteúdo mínimo perfeitamente aplicável.

Diferentemente de outras normas penais que dependeriam de complementação da sua completa eficácia, esta norma contida no art. 19 da Lei das Contravenções Penais se auto-aplica.

Apenas à guisa de exemplo, proibir o uso de drogas em todo o território nacional, sem uma norma complementar que elenque quais são as drogas proibidas, inviabiliza a tipificação da conduta.

Proibir o uso de arma é um tipo fechado, pois o conceito de arma é facilmente delimitável. Arma, segundo largamente defendido na doutrina e jurisprudência, para fins do dispositivo legal citado, é a arma própria, aquela usada para o ataque ou defesa.

O porte de qualquer arma branca própria é proibido e só será autorizado quando houver norma regulamentando. Se não fosse assim, pessoas flagradas na rua com socos inglês, navalhas, furadores de gelo, tacos de beisebol e outros instrumentos de alto poder vulnerante jamais poderiam ser presas e conduzidas à Delegacia, pois teriam o direito de portarem tais instrumentos em plena via pública, o que, convenhamos, tornaria a sociedade completamente insegura e violenta. Tampouco seria o caso de exigir que a Administração tivesse que regulamentar o uso de soco inglês, navalha ou furador de gelo.

A exigência de regulamento para caracterizar a tipificação no caso estudado é, portanto, uma inversão da norma incriminadora. Seria o equivalente a afirmar que todos têm o direito de portar armas e enquanto não houver regulamento esse direito poderá ser exercido.

Esta não é a uma interpretação coerente, pois é sabido que o porte de arma, seja arma de fogo, seja arma branca, depende de autorização do Poder Público. Ao discorrer sobre a autorização administrativa designada pela Lei de Contravenções Penais como licença, Di Pietro salienta que se trata de ato administrativo unilateral e discricionário:

> No direito brasileiro, a autorização administrativa tem várias acepções:
> 1. num primeiro sentido, designa o ato unilateral e discricionário pelo qual a Administração faculta ao particular o desempenho de atividade material ou a prática de ato que, sem esse consentimento, seriam legalmente proibidos.
> Exemplo dessa hipótese encontra-se na Constituição Federal, quando atribui à União competência para autorizar e fiscalizar a produção e o comércio de material bélico (art. 21, VI) e para autorizar a pesquisa e lavra de recursos naturais (art. 176); outro exemplo é o da autorização para porte de arma, que a Lei de Contravenções Penais denomina impropriamente de licença (art. 19).
> Nesse sentido, a autorização abrange todas as hipóteses em que o exercício de atividade ou a prática de ato são vedados por lei ao particular, por razões de interesse público concernentes

[5] A pena prevista no preceito secundário do tipo contravencional do art. 19 é de prisão simples de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, ou multa, ou ambas cumulativamente.

> à segurança, à saúde, à economia ou outros motivos concernentes à tutela do bem comum. Contudo, fica reservada à Administração a faculdade de, com base no poder de polícia do Estado, afastar a proibição em determinados casos concretos, quando entender que o desempenho da atividade ou a prática do ato não se apresenta nocivo ao interesse da coletividade. Precisamente por estar condicionada à compatibilidade com o interesse público que se tem em vista proteger, a autorização pode ser revogada a qualquer momento, desde que essa compatibilidade deixe de existir.[6]

Como se infere do exposto, a autorização administrativa é a espécie de ato administrativo que permite ao administrado a prática da conduta de andar armado. Caso não haja esta autorização, a sua conduta é ilegal.

Em verdade, toda norma tem alguma eficácia e, no caso, o que resta da eficácia da norma incriminadora é a expressa vedação ao porte de arma branca. Todos estão proibidos de portar arma branca e, se algum dia houver regulamentação, algumas pessoas que atenderem o regulamento e obtiverem a autorização administrativa, poderão portar uma faca na via pública ou outros instrumentos vulnerantes.

Ainda que consideremos a contravenção do art. 19 como uma norma penal em branco, é indiscutível que o seu núcleo essencial está devidamente previsto e que, portanto, não há ofensa ao princípio da legalidade, como bem destaca Rogério Greco:

> Tem prevalecido, no entanto, posição doutrinária que entende não haver ofensa ao princípio da legalidade quando a norma penal em branco prêve aquilo que se denomina *núcleo essencial da conduta*. Nesse sentido, são as lições de Carbonell Mateu, quando aduz:
> A técnica das leis penais em branco pode ser indesejável, mas não se pode ignorar que é absolutamente necessária em nossos dias. a amplitude das regulamentações jurídicas que dizem respeito sobre as mais diversas matérias, sobre as que pode e deve pronunciar-se o Direito Penal, impossibilita manter o grau de exigência de legalidade que se podia contemplar no século passado ou inclusive a princípio do presente. Hoje, cabe dizer que desgraçada mas necessariamente, temos de nos conformar com que a lei contemple o núcleo essencial da conduta.[7]

Por essas razões, não comungamos da tese que vem sendo defendida em favor da atipicidade da conduta do porte de arma branca.

Há razões de ordem de política criminal que também desaconselham esta tese. Na ciência penal da atualidade, a política criminal dá legitimidade à intervenção penal, que se justificará apenas para a proteção de bens jurídicos contemplados expressa ou implicitamente na Constituição e segundo critérios claros e dentro de limites previamente estabelecidos.

Figueiredo Dias chega a afirmar que os conceitos básicos da dogmática, mais do que "penetrados" ou "influenciados" por considerações político-criminais, devem ser "determinados e cunhados a partir de proposições político-criminais e da função que por estas lhes é assinalada no sistema".[8] [grifos do autor]

A norma penal para ter validade, portanto, passa a supor a observância às proposições político-criminais, que limitam o poder de punição do Estado. Assim, no Estado de direito material, de acordo com Figueiredo Dias, existe uma "unidade funcional entre a política criminal e a dogmática jurídico-penal."[9] [grifos do autor]

Dessa maneira, a nova ciência penal amplia a visão Lisztiana, conferindo à política criminal transcendência em face da própria dogmática.[10]

As três ciências citadas constituem três momentos do fenômeno criminal: seu estudo empírico, as medidas de combate e o estudo e sistematização das normas vigentes. Esses três momentos se completam com dois outros: o processual e o execucional. A ciência penal, quando enfocada de modo totalizador (Gesamte Strafrechtswissenschaft), significa, assim, na atualidade, estudar cinco segmentos, que se complementam: o empírico, o político-criminal, o penal, o processual penal (ou jurisdicional) e o execucional.[11]

Figueiredo Dias, a seu turno, refletindo acerca da política criminal em um Estado de direito democrático e social, afiança que a sua finalidade é definir "as fronteiras da punibilidade".[12] O autor argumenta que:

---

[6] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1992. p 172. Faz-se observar que foi utilizada propositalmente uma edição antiga da obra, que ainda não fazia referência a primeira Lei de Armas, justamente para transcrever a opinião da autora sobre o conteúdo do ato administrativo que autorizava o porte de arma de fogo, sendo óbvio que a lição permanece, agora, somente para as armas brancas, já que as armas de fogo dispõe de disciplina própria.

[7] GRECCO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 9. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. p. 26.

[8] DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral, questões fundamentais, a doutrina geral do crime. Lisboa: Coimbra, 2004. p. 32, t. 1.

[9] Id. Ibid., p. 33.

[10] Id. Ibid., p. 32.

[11] GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal**: parte geral. 2ª ed. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2004. p. 53, v. 1.

[12] DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral, questões fundamentais, a doutrina geral do crime. Lisboa: Coimbra, 2004. p. 33, t. 1.

> [...] a política criminal surge como uma ciência transpositiva, transdisciplinar, transdogmática e trans-sistemática face a um qualquer direito penal positivo. A sua função última consiste em servir de padrão crítico tanto do direito constituído, como do direito constituendo, dos seus limites e da sua legitimação. Neste sentido se deverá compreender a afirmação dos limites da punibilidade e constitui, deste modo, a pedra angular de todo o discurso legal-social da criminalização/descriminalização.[13]

Zaffaroni também se refere a esse "potencial crítico"[14] da política criminal, valendo frisar que uma reflexão mais profunda da ciência penal na pós-modernidade, além de renovar a proposta de uma visão conjunta e global da política criminal, criminologia e dogmática, deve caminhar na direção de um pensamento complexo que busque a "unidade da ciência".[15]

Nessa esteira de pensamento, Paulo Roney, ao tecer considerações sobre o pensamento jurídico complexo, observa que: "A fragmentação leva à decomposição, à desestruturação, perdendo-se a noção de unidade. O modelo analítico prioriza o atomismo, em detrimento do holismo, que não reconhece as fronteiras estabelecidas pela ciência".[16] Logo, em uma ciência penal moldada a partir de um pensamento complexo não se pode admitir monopólio de qualquer ramo do saber ou definição de fronteiras para o conhecimento.[17]

Outrossim, se admitida a descriminalização substancial da contravenção penal em tela, estar-se-ia colocando definitivamente em xeque a proteção suficiente da segurança pública da coletividade, erigida a direito fundamental no ordenamento constitucional (art. 5º, *caput* e art. 144). Cabível, portanto, a invocação do princípio da vedação da proteção insuficiente, "que configura um dos desdobramentos do princípio da proporcionalidade, pois esse princípio - dentre outros significados – não quer significar apenas a vedação de proibição de excesso dirigida ao legislador e ao aplicador do direito, mas, também, a vedação de proteção insuficiente de determinados bens jurídicos fundamentais para a pessoa humana"[18].

Feitas essas ponderações, e abstraídas considerações quanto a aplicação do princípio da intervenção mínima que não são objeto deste trabalho, é inegável que fatores relacionados à política criminal devem ser sopesados no momento da interpretação.

O que se nota é que a postura liberal em nada contribuirá para diminuir a violência contra as pessoas ou intimidar a ação dos criminosos.

Cabe lembrar que antes da discussão ser apresentada pela doutrina, a jurisprudência fartamente se posicionou favorável à tipificação do porte de arma branca:

> **Porte de arma – Faca punhal. Uso em feira livre.** "A declaração do apelado que "possuía a dita faca para descascar laranjas na feira, pois trabalha como ajudante de caminhão que transporta mercadorias para as barracas das feiras livres, desacompanhada de qualquer prova não basta para justificar o porte de faca punhal". (Ementa – ap. c. 16.970, 3.ª C. do T. de Just. do DF – D. da Just. nov. 1964, pág. 4.006, ap. ao n.º 259).
> **Porte de Arma – Navalha.** "Quando alheada à sua função de barbear, a navalha é arma proibida, porque o seu destino passa ser o da ofensa à pessoa". (ap. c. 8.206, 3.ª C. do TJ/DF – RF-138/245).
> **Porte de Arma - Faca de cozinha.** "A faca de cozinha trazida não por um cozinheiro, mas por lapidário de modo injustificado, caracteriza a contravenção de porte de arma". (Ementa - ap. c. 9.791, 2.ª C. do T. de Just. do DF – Rev. For., CXVII/235).
> **Porte de Arma – facão de mato.** "Constitui contravenção de porte de arma trazer à cinta facão de mato, não estando no serviço que requer esse instrumento". (Ementa – ap. c. 8.017, 2.ª C. do T. de Just. do DF – Rev. For., CXII/207).

---

[13] DIAS, op. cit., p. 35.

[14] ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **Direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 274, v. 1.

[15] A expressão foi empregada no sentido cunhado por Edgard Morin: "Colocamos ao mesmo tempo a possibilidade e a necessidade de uma unidade da ciência. Tal unidade é, evidentemente, impossível no quadro atual onde miríades de dados se acumulam nos alvéolos disciplinares cada vez mais estreitos e fechados. Ela é impossível no quadro onde grandes disciplinas parecem corresponder a essências e a matérias heterogêneas: o físico, o biológico, o antropológico. Mas ela é concebível no campo de uma *physis* generalizada". (MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Tradução Eliane Lisboa. Porto Alegre: Sulina, 2006. p. 50).

[16] FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. **O direito e a hipercomplexidade**. São Paulo: LTr., 2003. p. 24.

[17] MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Tradução Eliane Lisboa. Porto Alegre: Sulina, 2006, p. 51.

[18] MIRANDA, Gustavo Senna. **Da impossibilidade de considerar os atos de improbidade administrativa como crimes de responsabilidade**. Disponível em: <http://www.conamp.org.br/index.php?a=mostra_artigos.php&ID_MATERIA=557>. Acesso em 18 set. 2009.

Quanto à posição atual, salvo algumas decisões de tribunais locais, não houve afastamento da linha defendida neste trabalho. O próprio Superior Tribunal de Justiça reconhece a validade do art. 19, do Decreto nº 3.688/41, não aceitando o argumento de que tal figura estaria revogada por força da antiga Lei nº 9.437/97, o que obviamente vale para a Lei de Armas atual:

> REsp 549056 / SP
> RECURSO ESPECIAL
> 2003/0108902-4
> Relator(a): Ministra LAURITA VAZ (1120)
> T5 - QUINTA TURMA
> Data do Julgamento: 09/12/2003
> Data da Publicação/Fonte: DJ 01/03/2004 p. 194
> Ementa
> RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 19 DA LEI DAS CONTRAVENÇÕES PENAIS. REVOGAÇÃO PARCIAL. ART. 10 DA LEI n.º 9.437/97. SUBSISTÊNCIA DA CONTRAVENÇÃO QUANTO AO PORTE DE ARMA BRANCA.
> 1. Com a edição da Lei n.º 9.437/97 (diploma que instituiu o Sistema Nacional de Armas e tipificou como crime o porte não autorizado de arma de fogo), o art. 19 da Lei das Contravenções Penais foi apenas derrogado, subsistindo a contravenção quanto ao porte de arma branca.
> 2. Recurso especial conhecido e provido.
> Acórdão
> Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento. Os Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezzini votaram com a Sra. Ministra Relatora.

O acórdão acima guarda conformidade à temática sob enfoque, porque embora não adentre na discussão anteriormente apresentada, sustenta a vigência da norma penal que prevê a contravenção penal.

Nos casos concretos haverá situações que tornam a conduta atípica e, em tais casos, o pedido de arquivamento evitará injustiças, não havendo necessidade de se liberalizar a interpretação até o ponto em que se afaste, por completo ou por inconstitucionalidade, a tipificação da conduta. Apenas a título de exemplo, transcrevem-se as jurisprudências abaixo:

> **Porte de Arma – Canivete usado pelo réu no seu trabalho.** "Não se configura a contravenção do porte de arma, se o instrumento encontrado em poder do réu é lícita utilização, de normal destinação e que só eventualmente se presta a ofender". (Ementa – ap. c. 4.519, 2.ª C. do T. de Alç. de SP – Rev. Trib., 233/321).
> **Porte de Arma – Faca conduzida à cinta por lavrador. Instrumento útil aos seus misteres.** "O uso de faca à cintura pelos lavradores, não pode ser considerado, no seu ambiente de vida e trabalho, como transgressão à lei penal, porquanto é aquela um instrumento útil aos seus misteres, não sendo conduzida propriamente como arma". (Ementa – Ap. c. 3.317, 1.ª C. do T. de Alç. de SP – Rev. Trib., 220/301).
> **Porte de Arma – Roceiros que conduziam facas em zona rural, e participaram de rixa.** "As facas são geralmente empregadas nos meios rurais como instrumento de trabalho agrícola servindo para cortar um cipó, afinar a ponta de um fueiro de carro de bois e mil outros serviços na faina diária do agricultor. Sendo instrumento de trabalho, o seu porte, na zona rural, não pode constituir contravenção". (ap. c. 7.495, 2.ª C. do TJ/MG – RT-202/581).
> **Porte de Arma – Faca de cozinha.** "Não se configura o porte de arma proibida, quando o agente conduz faca de cozinha, destinada a entrega em casa de parente". (Ementa – ap. c. n.º 28,2.ª C. do T. Just. do DF – Ver. For., CXIX/541).

II – CONCLUSÃO

Por todas essas razões e considerando que é possível no caso concreto se dar o tratamento justo a situações em que a conduta praticada não acarrete violação ao bem jurídico tutelado (princípio da lesividade) ou que a arma não esteja à pronta disposição do agente (teoria da disponibilidade), não nos filiamos ao entendimento de inconstitucionalidade da norma prevista no art. 19 da LCP, pois não há ofensa ao princípio da reserva legal. A norma é passível de aplicação e tem eficácia, pelo menos no seu conteúdo proibitivo, de sorte a catalisar o mínimo de proteção suficiente ao bem jurídico fundamental da coletividade.

III – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1992.

GRECCO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 9. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral, questões fundamentais, a doutrina geral do crime. Lisboa: Coimbra, 2004.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal**: parte geral. 2ª ed. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **Direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

MIRANDA, Gustavo Senna. **Da impossibilidade de considerar os atos de improbidade administrativa como crimes de responsabilidade**. Disponível em: <http://www.conamp.org.br/index.php?a=mostra_artigos.php&ID_MATERIA=557>. Acesso em 18 set. 2009.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Tradução Eliane Lisboa. Porto Alegre: Sulina, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2006.

FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. **O direito e a hipercomplexidade**. São Paulo: LTr., 2003.

049

A TEORIA DO LABELLING APPROACH COMO UM IMPORTANTE FUNDAMENTO NA BUSCA PELA PACIFICAÇÃO NO ÂMBITO PENAL

Sérgio Reis Coelho[1] e Marcondes Pereira de Oliveira[2]

Promotores de Justiça/PI

RESUMO: Este trabalho tem por objetivo tratar da teoria do labelling approach e sua influência em importante parcela da sistemática penal e processual penal brasileira. Inicialmente serão apresentadas noções gerais sobre a teoria do etiquetamento ou da rotulação, denominações que recebe a teoria do labelling entre nós, pela qual se percebe o crime não como uma escolha individual, mas como decorrência de um intricado processo de criminalização, de formação da identidade criminosa, na qual o rótulo de criminoso é construído e distribuído socialmente. Em um segundo momento, se discorrerá sobre a influência desta teoria no direito brasileiro, notadamente, na reforma penal de 1984 e suas posteriores alterações, na lei n º 7.210/84 (Execução penal) e na lei n º 9.099/95 (lei dos Juizados Especiais). Por fim, conclui-se que diversas modificações produzidas recentemente no âmbito penal não constituem, na verdade, novidades, mas são decorrência das propostas formuladas pela teoria do labelling há mais de 40 anos.

INTRODUÇÃO

O momento histórico em que surge a criminologia é controverso. Muitos foram os autores que trataram a questão do crime em suas obras, sendo difícil precisar uma obra fundante, aceita pela comunidade científica como ponto de partida do discurso criminológico. No entanto, é correto afirmar que a origem da criminologia está na discussão entre os clássicos e os positivistas.

Para os primeiros, o crime era concebido como o rompimento do pacto social que estruturava a sociedade, não se investigavam nesse momento as causas do crime, ou seja, não havia uma preocupação etiológica, mas somente a de recompor o *status quo* atingido pela conduta tida por delituosa. Entendiam os clássicos que o crime surgia da vontade, não era algo inato, mas decorria da liberdade que cada homem possuía perante o pacto social. O seu fundamento era a responsabilidade individual.

Os positivistas, ao contrário, partiam da concepção de que o crime era fruto de uma degenerescência, de uma constatação biológica, em que o livre-arbítrio, proposto pelos clássicos, não passava de uma mera ficção, de uma especulação filosófica. O que marca a criminologia positivista é um determinismo biológico na identificação do criminoso e da criminalidade.

Em que pese as diferenças, ambas as escolas podem ser inseridas dentro da ideologia da defesa social e é justamente a passagem deste paradigma para o da reação social, com o advento das teorias do labelling approach, o objeto de estudo deste trabalho.

O labelling approach significou uma revolução no modo de compreender a crimininalidade, pois deslocou a investigação das causas da criminalidade para o próprio processo de criminalização, no qual o status de criminoso é distribuído dentro da sociedade.

---

[1] Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Piauí. Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Federal do Paraná. Especialista em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra – Portugal. Mestre em Direito Econômico e Social pela PUCPR.

[2] Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Piauí. Mestrando em Ciências Jurídicos Penais pela Universidade Autônoma de Lisboa.

As teorias do labelling despertaram o interesse no estudo das instituições destinadas ao controle social, tanto formal (polícia, ministério público, poder judiciário), quanto informal (família, escola, etc.) buscando compreender sua dinâmica e de que forma estas contribuem para a questão da criminalidade[3]. Os teóricos do labelling perceberam que estas instituições tendem muito mais a distribuir estigmas, fomentando a criminalidade do que, propriamente, gerir e minorar esta.

Nesse contexto, o presente trabalho tem por finalidade refletir sobre a importância da teoria do labelling approach e sua influência em considerável parcela de nossa sistemática penal brasileira. Em um primeiro momento, serão apresentados os marcos teóricos desta doutrina. Em segundo lugar, discutir-se-á as influências de tal teoria na legislação penal brasileira, pretendendo o estudo demonstrar que o legislador pátrio fez inserir em nosso ordenamento jurídico medidas balizadas nas formulações dos teóricos da reação social, a exemplo, das modificações processadas pela reforma penal de 1984, pela lei de execução penal e pela lei dos juizados especiais criminais. Por fim, apresenta-se a teoria do labelling como um dos mais importantes fundamentos de recentes novidades introduzidas na seara penal.

FUNDAMENTAÇÃO

1. O Interacionismo simbólico e o labelling approach

A escola interacionista compreende o crime como um fenômeno construído socialmente, não considerando relevantes as causas do crime, mas as condições em que este se desenvolve. Conforme Giddens[4]:

> "os sociólogos que estudam o crime e o desvio na tradição interacionista concentram-se no desvio como um fenômeno construído socialmente. Rejeitam a idéia de que haja tipos de conduta que sejam inerentemente "desviantes". Em vez disso, os interacionista questionam como os comportamentos vêm a ser inicialmente definidos como desviantes e por que certos grupos, e não outros, são rotulados de desviantes".

É uma corrente da sociologia que parte da discussão sobre o significado da interação social e de que forma este fenômeno influencia o cotidiano dos indivíduos, as ações e as reações praticadas, construindo socialmente a realidade.

O fundamento filosófico do interacionismo é a filososia pragmática americana, em especial, as idéias do filósofo George Herbert Mead, que para William Skidmore[5] foi "quem juntou mais completamente que qualquer outra pessoa, o estudo da sociedade a um programa filosófico."

Uma das teorias interacionistas mais importantes, e que hoje é fundamento de várias medidas implementadas no âmbito do direito penal, visando sobretudo, a fornecer medidas alternativas à utilização da pena de prisão como resposta penal (movimentos de descriminalização[6], despenalização[7], diversão[8], etc.) e evitar a estigmatização, é a teoria da rotulação[9] ou do "labelling approach", ou como preferem outros, "da reação social ou do etiquetamento".

A teoria do labelling approach, parte da premissa de que a criminalidade não existe na natureza, não é um dado, mas uma construção da sociedade, uma realidade que decorre de processos de definição e de interação social. O crime passa a ser compreendido não como uma qualidade intrínseca, determinada, e sim como uma decorrência de critérios seletivos e discriminatórios que o definem como tal.

É o surgimento do paradigma da reação social que desloca o estudo da criminalidade dos critérios etiológicos, causalistas, para percebê-la como um fenômeno social decorrente do processo de interação.

---

[3] Segundo Hassemer "Neste ponto aparece o labelling approach (enfoque do etiquetamento), qu aodta o seu nome a partir da sua tese central: a criminalidade não é característica de uma determinada conduta, mas o resultado de um processo de atribuição, de uma estigmatização: a criminalidade é uma etiqueta, a qual é aplicada pela polícia, peloministério público e pelo tribunal penal, pelas instâncias formais de controle social. Alguns representantes menos radicais desta teoria reconhecem (nisso) que os mecanismos do labellin existem não só no âmbito dos controles sociais formais, como também dos informais: os processos de "interação simbólica" em que as famílias definem prematuramente a ovelhe negra entre os irmãos, ou os professores e os alunos o estranho da classe, e assim estigmatizam com os sinais do fracasso social aqueles que mais tarde serão percebidos e aprofundados por outras instâncias de controle social e assumirão esta marca como parte de suas biografias, como papel impigido e arrastado".

[4] GIDDENS, Anthony. Sociologia. Tradução de Sandra Regina Netz- 6ª ed- Artmed, Porto Alegre: 2005. p. 48

[5] SKIDMORE. Willian. Pensamento Teórico em Sociologia. Tradução de Alberto Oliva e Luiz Alberto Cerqueira. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1976. p.264.

[6] A descriminalização significa retirar o caráter criminoso de determinadas condutas, por não haver mais o interesse da coletividade em punir o ato.

[7] A despenalização está ligada à idéia de afastar a pena,com adoção de medidas alternativas.

[8] A diversão busca evitar o estigma do delito, pela via formal ou pela informal.

[9] Juarez Cirino dos Santos afirma que "a teoria criminológica mais desenvolvida pela fenomenologia é a chamada teoria da rotulação (da reação social, interacionista, etc.), elaborada por H. Becker(1963), E. Lemert (1964), Erwirng Goffman (1970) e representantes da anti-psiquiatria, como Ronald Laing (1959), Thoma Szasz (1975),e outros. (Santos, 1984, p. 55)

Molina[10] coloca a questão de forma clara.

> "O labelling approach, em consequência, supera o paradigma etiológico tradicional, problematizando a própria definição da criminalidade. Esta, se diz, não é como um pedaço de ferro, como um objeto físico, senão o resultado de um processo social de interação (definição e seleção): existe somente nos pressupostos normativos e valorativos, sempre circunstanciais, dos membros de uma sociedade. Não lhe interessam as causas da desviação (primária), senão os processos de criminalização e sustenta que é o controle social que cria a criminalidade. Por isso, o interesse da investigação se desloca do desviado e do seu meio para aquelas pessoas ou instituições que lhe definem como desviado, analisando-se fundamentalmente os mecanismos e o funcionamento do controle social ou a gênese da norma e não os déficits e carências do indivíduo, que outra coisa não é senão vítima dos processos de definição e seleção, de acordo com os postulados do denominado paradigma de controle."

O labelling approach, conforme Alessandro Baratta[11], "*lançou luz sobre o fato de que o poder de criminalização, e o exercício deste poder, estão estreitamente ligados à estratificação e à estrutura antagônica da sociedade*".

Assim, a teoria do labelling ressalta a importância do controle social exercido sobre a sociedade, e a forma maléfica como este distribui os rótulos sociais, pondo em evidência o mecanismo de atuação das instâncias de controle (a Polícia, a Magistratura, o Ministério Público) que etiquetam negativamente os indivíduos.

Lola Aniyar de Castro[12], citando Willian Payne, compara essas etiquetas negativas como *corredores que induzem e iniciam uma carreira desviante e como prisões que constrangem a uma pessoa dentro do papel desviante.* Para a autora, a *rotulação seria o processo pelo qual um papel desviante se cria e se mantém através da imposição dos rótulos delitivos.*[13]

A imposição desses rótulos se serve do que Baratta[14], citando Sack, define como meta-regras:

> "São regras objetivas do sistema social, que podem orientar-se para o que Sack chama 'a questão científica decisiva', que ele relaciona à diferença intercorrente entre a criminalidade latente e a criminalidade perseguida: o problema de como devemos representar o 'processo de filtragem' da população criminosa, ou seja, em última análise, 'daqueles contra os quais, afinal, se pronuncia uma sentença em nome do povo"

As meta-regras expressam todos os preconceitos e estereótipos que as instâncias de controle social utilizam na definição do crime e dos delinqüentes, importando nos mecanismos de seleção e no recrutamento da população marginalizada.

Elas atuam em momentos decisivos, não somente no ato de aplicação da lei ao fato, mas na própria elaboração das espécies normativas e nos diversos mecanismos que estão englobados dentro do processo de interação.

Outra questão surgida com os teóricos do labelling é a denominada cifra negra[15] da criminalidade ou delinqüência oculta, que se refere à criminalidade que não aparece oficialmente, abrindo um novo campo de investigação sobre as estatísticas de controle criminal. Essas pesquisas sobre a cifra negra, mostram que o volume de crimes efetivados se distancia em muito dos oficialmente registrados, o que desmistifica a idéia de que o crime

---

[10] MOLINA, Antonio García-Pablos de. Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos. Tradução: Luís Flávio Gomes – 5ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, . p. 283

[11] BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: Introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 1997.p.113.

[12] DE CASTRO, Lola Aniyar. Criminologia da reação Social. Tradução de Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 103

[13] Ibidem

[14] BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: Introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 1997.p.105

[15] Tratando da cifra negra, Lola Aniyar de Castro expõe" A cifra negra diminui, à medida que aumenta a visibilidade do delito. Antes de ser eliminado o aborto como delito , dos Códigos Penais franceses e ingleses, dizia-se que 1 em cada 100 abortos era conhecido pela polícia; esta proporção, no entanto, parece pequena relativamente ao que observam alguns investigadores na Inglaterra, que afirmam que eram conhecidos 250 de cada 50.000 ou 100.000 dos que eram efetivamente praticados. Do infanticídio, afirmou-se que conheciam 2 de cada 5. Enquanto que dos furtos nas grandes lojas assegura-se que 50% não chegam ao conhecimento das autoridades porque há transações privadas. Em 1933, Sellin aponta 5.314 roubos conhecidos em 3 grandes lojas da Filadélfia. Os seus detetives detiveram 1.423 pessoas; destas só 230 foram submetidas a processo. Quer dizer, mais de 5.000 foram ignoradas pela polícia. Esta, por seu lado, afirmou que em 1933 conhecera 4.402 roubos na região. Na realidade, não sendo o mcontrole dos comerciantes muito rígido, qualquer estimativa é aventada. Costuma-se fazer uma aproximação do custo das perdas desta natureza, que é acrescentada ás despesas gerais da empresa, incidindo depois sobre o preço das mercadorias. DE CASTRO, Lola Aniyar. Criminologia da reação Social. Tradução de Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 68.

é cometido por uma minoria, como afirmavam os clássicos e os positivistas. Em verdade é um ato disperso socialmente praticado pela maioria dos membros da sociedade.

A criminalização é definida pelo Labelling como um intrincado processo de assunção de nova identidade social, em que o indivíduo, com o tempo, assumirá um novo papel dentro da sociedade. É um processo de estigmatização, de imposição de rótulos, de etiquetas, os quais criam no indivíduo uma nova identidade, que uma vez internalizada apaga a anterior.

Segundo o labelling, o processo de rotulação tem início quando do cometimento do primeiro delito, da chamada criminalização primária, a que a sociedade responderá com a celebração de atos punitivos, do que denominam de cerimônias[16] degradantes.

Essas cerimônias atuam sobre o autor do fato, impondo-lhe uma nova identidade (criminoso), que ainda é provisória, mas terá como reflexos o distanciamento social e a diminuição de oportunidades.

Em virtude disso, o indivíduo inicia um processo de internalização dos estigmas, de aceitação desses rótulos e começa a desenvolver uma carreira criminal participando de outros delitos e se definindo como criminoso, advindo dessa postura a chamada criminalização secundária. Com esta o sujeito assume, definitivamente, a identidade criminosa.

A grande crítica às idéias do labelling é que esta escola não explica porque determinadas condutas são definidas como delituosas, enquanto outras não, restringindo-se a expor as regras gerais que permitem construir socialmente a identidade criminosa. Essa discussão será objeto da criminologia crítica.

2. As Influências do Labelling Approach no direito brasileiro

2.1 Considerações Gerais

Estabelecidas as premissas teóricas que fundamentaram o labelling no tópico anterior, é chegado o momento de analisar o impacto dessa teoria no âmbito do direito brasileiro.

A teoria do Labelling, como a maior parte do pensamento criminológico, é ainda pouco conhecida dos profissionais do direito e se restringe, na maioria das vezes, aos debates e trabalhos acadêmicos.

Em geral, adota-se uma postura meramente dogmática na compreensão dos fenômenos jurídicos, não se colocando questionamentos que ultrapassem os limites da legislação. No crime, essa realidade não é diferente, talvez seja até acentuada, visto que em decorrência da legalidade penal, o dogmatismo é reforçado e proeminente. Ao mesmo tempo, cresce a percepção de que é necessário oferecer novas respostas ao problema da criminalidade, de renovar as opções político-criminais existentes e de criar novas perspectivas

Nesse sentido, várias propostas que modificam a sistemática penal e processual têm sido apresentadas, as quais, ainda que inconscientemente, adotam contribuições teóricas do labelling.

De forma geral, essas proposições tidas por "inovadoras" apenas repetem o que essa corrente já defende há mais de 40 anos. Teorias como a de um direito penal mínimo, de uma menor intervenção penal, da insignificância penal, dentre outras, apenas dão nova roupagem a concepções, que, de uma maneira ou de outra, já se encontram estabelecidas no bojo desta teoria.

2.2 A reforma penal de 1984 e a lei de execução penal

Em 1984, as leis 7.209/84 e 7.210/84 operaram modificações sensíveis na parte geral do código penal, reformulando-a. No tocante à introdução de institutos com fundamentos na principiologia do labelling, a medida mais importante foi a instituição do regime progressivo de cumprimento da pena privativa de liberdade previsto no § 2º do art. 33 do código penal.

A lei 7.210/84[17], com redação modificada pela lei 10.792/03, no que se refere aos requisitos para a progressão de regime, determinou:

> "Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão."

[16] As cerimônias degradantes são processos ritualizados a que um indivíduo que cometeu um delito é submetido, e se traduzem no contato com as instâncias de controle formal, Polícia, Ministério Público, Judiciário e com o processo, em que uma nova identidade lhe é dada.

[17] A lei 7.210/84 regulamentou a Execução Penal em nosso ordenamento jurídico.

A leitura desses dispositivos permite observar que o legislador de 1984 incorporou as idéias do labelling, e concebeu o regime progressivo como uma forma de reinserir gradativamente o condenado no meio social, mitigando o inevitável processo de estigmatização por este sofrido.

Essa possibilidade de usufruir de parcelas de liberdade e de conviver socialmente, ainda que de forma restrita, diminui o choque sofrido pelo condenado quando do seu retorno à sociedade e reforça a sua responsabilidade individual. Daí a polêmica discussão sobre a inadmissibilidade de progressão de regime em crimes hediondos, o que já foi superado com o advento da lei 11.464/2007 que permitiu a liberdade provisória e a progressão em crimes hediondos.

Outra questão objeto da reforma, posteriormente reelaborada pela lei 9714/98, denominada lei das penas alternativas, foi a atinente à adoção das penas substitutivas ou alternativas à prisão. Na redação de 1984, o art. 43 previa como penas restritivas de direito[18] apenas a prestação de serviços à comunidade, a interdição temporária de direitos e a limitação de fim de semana. Em 1998, com a lei 9.714 esse rol foi elastecido passando a contemplar a prestação pecuniária e a perda de bens e valores, o que deu novo fôlego a essa modalidade sancionatória na expectativa de afastar o cárcere como resposta necessária e única à questão penal.

A lei 7.210/ 84 que instituiu a lei de Execução Penal no direito brasileiro tem nos termos do art. 1º, "*por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado*". Vários são os dispositivos desta lei impregnados pelos princípios do labelling, como os artigos 40 a 43 que tratam dos direitos dos presos.

2.3 A lei 9.099/95 e a criação dos Juizados Especiais

A introdução em 26 de setembro de 1995 da lei 9.099, que criou os Juizados Especiais, representou uma das maiores modificações e conquistas da sistemática penal e processual penal brasileira. Elaborada em um contexto que buscava opções ao sistema criminal tradicional, a lei dos Juizados criou não apenas um novo rito e uma nova definição delitiva, os delitos de menor potencial ofensivo, mas constituiu o reflexo de modernas opções político-criminais.

Avançando sobre as premissas básicas do labelling, o JEC introduziu medidas despenalizadoras e descarcerizadoras, criando opções de tratamento aos crimes de menor gravidade social, no afã de substituir a pena de prisão por alternativas sancionatórias. Os institutos previstos na lei 9.099/95, atuam em pontos decisivos do processo de construção da identidade criminosa, minorando suas consequências.

Como exposto anteriormente, é com o labelling que ocorre uma reviravolta nos estudos criminológicos, os quais deixam de analisar o crime apenas pelo aspecto etiológico, determinista, e passam a compreendê-lo como uma construção social. Essa é descrita pelo labelling como um processo de estigmatização, de imposição de rótulos, que vão criando uma nova identidade no indivíduo, que com o tempo a internaliza, passando a se definir como tal.

Dessa forma, os institutos criados pela lei dos Juizados, como a conciliação (arts. 72-74, da Lei 9.099/95), a transação penal (art. 76 da Lei 9099/95), a necessidade de representação para os crimes de lesões corporais leves e culposas(art.88 da Lei 9.099/95) e a suspensão condicional do processo(art. 89 da Lei 9.099/95) visam a atacar esse complexo processo de estigmatização em seus vários momentos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em um paradigma em que a resposta penal tem sido cada vez mais exigida, em que a criminalização de condutas e aumento de penas têm se mostrado as únicas opções por parte das autoridades, a criminologia aparece como uma nova possibilidade, como um conjunto de conhecimentos que permitem lançar um novo olhar sobre a questão criminal e a criminalidade.

O direito penal é limitado. Não é sua a missão compreender, ou pelo menos, oferecer explicações circunstanciais sobre o delito, ou ainda elaborar teorias sobre a criminalidade, mas sim circunscrever o jus puniendi estatal, limitando o uso da força pelo Estado.

Entretanto, tal lógica não tem sido seguida e, cotidianamente, tem-se atribuído ao direito penal um papel que não lhe compete, entregando a este ramo jurídico a missão de resolver problemas para os quais não possui o instrumental necessário, o que, por si só, tem levado a reiterados insucessos.

[18] César Roberto Bitencourt leciona que " a denominação penas 'restritivas de direito' não foi muito feliz, pois, de todas as modalidades de sanções sob a referida rubrica, somente uma refere-se especificamente à 'restrição de direitos'. As outras – prestação pecuniária e perda de bens e valores – são de natureza pecuniária; prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana referem-se mais especificamente à restrição da liberdade do apenado. BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral, vol. 01. 9 edição. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 498.

Se para Weber[19] "o Estado é uma comunidade humana que pretende, com êxito, o monopólio do uso legítimo da força", o direito penal é, sem dúvida, a própria expressão deste monopólio, devendo o seu exercício sem o mais limitado e controlado possível.

O labelling ao introduzir a idéia de que a criminalização seria em verdade uma forma de socialização, ou seja, de assunção de uma identidade, permitiu toda uma nova teorização sobre a própria concepção de controle social pelo direito penal, pois se o criminoso é um rotulado, um estigmatizado, o tratamento penal deve ser orientado para afastar esta estigmatização, escolhendo-se opções penais que privilegiem a quebra desta lógica.

Assim, este estudo pretendeu elaborar algumas reflexões sobre um momento que considera importante na compreensão do pensamento criminológico, bem como tratar de institutos introduzidos em nosso ordenamento jurídico e que vão encontrar na teoria do labelling um de seus fundamentos mais importantes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANITUA, Gabriel Ignacio. Historias de los pensamientos criminológicos. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: Introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

BECCARIA, Cesare Bonesana. Dos delitos e das penas. Tradução Lúcia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral, vol. 01. 9 edição. São Paulo: Saraiva, 2004.

DE CASTRO, Lola Aniyar. Criminologia da reação Social. Tradução de Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

DIAS, Figueiredo. ANDRADE, Manuel da Costa. Criminologia: O homem delinquente e a sociedade criminógena. 2ª Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

MOLINA, Antonio García-Pablos de. Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos. Tradução: Luís Flávio Gomes – 2ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GIDDENS, Anthony. Sociologia. Tradução de Sandra Regina Netz- 6ª ed- Artmed, Porto Alegre: 2005.

HASSSEMER, Winfried. Introdução aos Fundamentos do Direito Penal. Trad:Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2005.

KAUFFMANN, Arthur. Filosofia do Direito. Trad.: Antônio Ulisses Cortês. Porto: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: Parte Geral. Curitiba: ICPC;Lumen Juris, 2006.

_____.As raízes do crime: um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência. Rio de janeiro: Ed. Forense, 1984.

SKIDMORE. Willian. Pensamento Teórico em Sociologia. Tradução de Alberto Oliva e Luiz Alberto Cerqueira. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1976.

SUTHERLAND, Edwin Hardin. Princípios de Criminologia. São Paulo: Livraria Martins editora, 1949.

[19] Maximillian Carl Emil Weber (Erfurt, 21 de Abril de 1864 — Munique, 14 de Junho de 1920) foi um intelectual alemão, jurista, economista e considerado um dos fundadores da Sociologia

050

PARCEIROS DA PAZ: UMA PROPOSTA DE APROXIMAÇÃO COM A SOCIEDADE NA TUTELA DIFUSA DA SEGURANÇA PÚBLICA

Alice de Almeida Freire

Promotora de Justiça e Diretora da ESMP-GO

EMENTA: MINISTÉRIO PÚBLICO. PARCERIA COM A SOCIEDADE. PREVENÇÃO DA CRIMINALIDADE. TUTELA DIFUSA DA SEGURANÇA PÚBLICA. No desempenho de suas atribuições constitucionalmente estabelecidas, o Ministério Público, por meio de intervenções para a construção de políticas de segurança pública e do estabelecimento de medidas preventivas da criminalidade, em parceria com a sociedade, deixa de ser tutor, para ser um parceiro da comunidade, numa verdadeira mudança de paradigma institucional, visando principalmente que esta deixe de ser objeto da violência, passando a sujeito de transformação da realidade social.

Síntese dogmática

O aumento da criminalidade no Brasil, nas últimas décadas, tem colocado a segurança pública como a principal exigência da sociedade perante as autoridades constituídas.

A insegurança vivida pelos cidadãos brasileiros, sobretudo nas grandes metrópoles, constitui um sentimento de fragilidade diante do avanço da criminalidade, a qual representa uma ameaça ao Estado Democrático de Direito, notadamente o direito à inviolabilidade à vida, à liberdade e à segurança dos indivíduos, assegurados no art. 5.º, *caput,* da Constituição Federal. Assim, a segurança pública é fator de maior preocupação da população brasileira, liderando todos os índices de pesquisas de opinião pública.

Nesse sentido a lição de *Luis Flávio Sapori* a respeito do assunto "se a sociedade brasileira progride no processo democrático, mesmo que de forma parcimoniosa, e também na provisão de diversos bens coletivos atinentes à saúde, à educação e ao trabalho, o mesmo não se dá no caso da ordem pública. Ao contrário, as duas décadas de democracia assistiram a uma considerável deterioração da capacidade do poder público para controlar a criminalidade e a violência". (SAPORI, Luís Flávio. **Segurança Pública no Brasil: desafios e perspectivas**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007).

Sendo assim, incumbe ao Ministério Público, no âmbito de sua atribuição constitucional, a defesa do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, CF). Ressalte-se que o Ministério Público exerce a parcela de soberania estatal que lhe foi conferida com a titularidade exclusiva da ação penal pública, sendo a área criminal um importante campo de sua atuação. A ação penal pública é, portanto, foco de grande interesse institucional.

Ademais, decorre implicitamente da referida atribuição o poder-dever de intervir para a efetivação da política de segurança pública, buscando, numa postura preventiva-resolutiva, atuar antes da ocorrência do crime, mediante ações judiciais e extrajudiciais voltadas para medidas de prevenção da criminalidade e busca efetiva da segurança pública, demandando a adoção de uma nova postura institucional – tutela difusa da segurança pública. Destacou-se.

Nessa esteira, ante a provocação da comunidade da região sudeste da cidade de Goiânia acerca do avanço da criminalidade naquela região, fato que resultou primeiramente na instauração de um procedimento administrativo, o Ministério Público do Estado de Goiás, por intermédio do CAO Criminal e do NAT Criminal, elaborou projeto para o combate à criminalidade na zona metropolitana de Goiânia, tendo como ponto de partida aquela região da cidade, buscando, precipuamente, a atuação ministerial na forma de agente de apoderamento da comunidade, a fim de que esta deixe de ser peça no conflito e passe a atuar como protagonista de soluções satisfatórias.

Fundamentação

O mundo contemporâneo apresenta problemas cuja complexidade e dificuldade de solução aumentam a cada dia. A violência é um desses problemas, o qual requer da sociedade e do Estado, para seu enfrentamento, uma atuação conjunta e estruturada a fim de atacar não apenas os seus sintomas visíveis, mas principalmente as suas causas. Somente dessa maneira, a melhoria nas condições de segurança pública efetivar-se-á de forma duradoura e consistente.

Nesse contexto, é necessário estabelecer uma parceria entre o Estado e a sociedade, provocando uma mudança de postura desses entes, de forma que sejam empreendidas ações conjuntas, eficientes e eficazes no combate à violência. Fala-se aqui da conjugação entre (I) a força do Estado, dotada de organização institucional e poder coercitivo, e (II) a força da sociedade que, embora ainda esteja desorganizada, é alimentada com a indignação pessoal de cada um dos seus membros, os quais detêm o conhecimento mais detalhado do problema e suas causas.

Sendo uma dessas instituições estatais, questiona-se: **como o Ministério Público pode contribuir para a melhoria da segurança pública?** No desempenho de suas atribuições constitucionalmente estabelecidas, verifica-se a possibilidade de atuação do Ministério Público por meio de intervenções para a construção de políticas de segurança pública e do estabelecimento de medidas preventivas da criminalidade em parceria com a sociedade. Porém, não se trata simplesmente de agir em nome desta; há aqui uma mudança de paradigma da atuação do Ministério Público, que deixa de ser tutor, para ser um parceiro da sociedade, atuando como um indutor de seu apoderamento, para que esta deixe de ser objeto da violência, passando a sujeito de transformação dessa realidade. Dessa forma, o Ministério Público desperta a consciência da sociedade para o poder que ela tem de resolver seus próprios problemas.

Assim sendo, e partir da constatação de que a cidade de Goiânia, mais especificamente a região metropolitana, não está alheia ao aumento dos índices de criminalidade registrados no país, busca-se, tomada a análise inicial de uma das áeras mais afetadas por esse fenômeno, a região sudeste de Goiânia (GO), que abrange treze bairros, a avaliação dos dados referentes à criminalidade permite constatar que o seu aumento nessa região está diretamente relacionado com o tráfico de drogas, o qual tem encontrado na falta de policiamento eficaz e nas deficiências estruturais da delegacia de polícia local, elementos favoráveis para o seu desenvolvimento no interior de bares e *lan houses*, inclusive.

Com isso, crianças e adolescentes têm sido atraídas para o consumo e tráfico de drogas, e algumas delas, "executadas" por grupos de extermínio que atuam naquela localidade pelo chamado "acerto de contas do tráfico". Nesse cenário, o fechamento de três escolas que ali funcionavam em tempo integral, bem como a falta de oferecimento de atividades que ocupem o tempo livre dos jovens, (por exemplo, opções saudáveis de lazer), também contribuíram para o agravamento do problema.

Por todo o exposto, vive-se atualmente naquela região uma sensação de insegurança e de falta de perspectivas da comunidade local acerca do enfrentamento da violência vivenciada diariamente. Essa sensação levou seus representantes a buscar o apoio do Ministério Público do Estado de Goiás.

Com efeito, os fatos relacionados ao aumento da violência na região metropolitana de Goiânia, microcosmo tomada como referencial, revelam uma situação que requer a atuação do Ministério Público na sua essência, ou seja, na defesa da ordem democrática, dos interesses sociais e individuais indisponíveis, na forma do art. 127 da Constituição Federal, estabelecendo parcerias com as Polícias Militar e Civil, instituições governamentais e da sociedade civil organizada, além, é claro, da própria comunidade local, para combate eficaz à violência.

Tal enfrentamento deve ser empreendido de forma organizada e consistente, a partir de questionamentos diversos, tais como:

1. Quais os fatores que contribuem para o aumento da criminalidade na região metropolitana de Goiânia?
2. Quais são as medidas a serem adotadas para combater tais fatores e, consequentemente, diminuir a criminalidade na região metropolitana de Goiânia?
3. Quem são os atores sociais responsáveis pela adoção de tais medidas?
4. Dentre as medidas afetas ao Ministério Público, como implementá-las?

A partir das questões suscitadas, busca-se o levantamento de hipóteses que nortearão o desenvolvimento do levantamento do problema, dentre elas:

(a) O aumento da criminalidade na região sudeste de Goiânia tem relação direta com os seguintes acontecimentos:

I. A falta de um policiamento militar ostensivo e de funcionamento regular da delegacia de polícia local;

II. O fechamento das três escolas que funcionavam na região em tempo integral;

III. A proliferação de *lan houses* sem o devido alvará de funcionamento expedido pelo Juizado da Infância e Adolescência;

IV. A falta de opções de atividades saudáveis que ocupem as crianças e adolescentes, por exemplo, atividades de lazer, capacitação profissional, dentre outras;

V. A estruturação de rede de traficantes na região.

(b) O combate à criminalidade na região metropolitana de Goiânia deve ser empreendido com a adoção de medidas de trato policial e de cidadania, conjugadas com a atuação do Ministério Público nas áreas criminal, cidadania e infância e juventude.

O fato de os moradores da região sudeste de Goiânia buscarem o envolvimento do Ministério Público para a resolução dos problemas de criminalidade, demonstra que, até o presente momento, as ações tomadas pelas autoridades constituídas, seja para o tratamento da questão, seja para a sua prevenção, revelam-se insuficientes, quando não ineficazes, dado que o problema vem crescendo em toda a região metropolitana de Goiânia, conforme amplamente noticiado.

Tal constatação pode ser tributada ao fato de que os meios tradicionais de investigação e repressão estão se mostrando insuficientes para o combate à criminalidade, o que requer especificidade de atuação, conjugação de esforços, interdisciplinariedade no seu trato e, principalmente, o envolvimento das Instituições estatais com a sociedade civil para o desenvolvimento de ações integradas, voltadas à prevenção do crime.

Justifica-se assim a atuação do Ministério Público nesse sentido, o que se faz imprescindível para desencadear o fortalecimento das relações institucionais com as lideranças comunitárias, dando início a uma ampla discussão, e o consequente estabelecimento de uma política de segurança pública para a região metropolitana de Goiânia, com métodos eficazes para combate à criminalidade, dada a problemática vivenciada e afetação direta na rotina dos cidadãos.

As ações do Ministério Público para o alcance desse objetivo consistem na realização de reuniões com os representantes da comunidade dos bairros e as autoridades envolvidas, ocasião em que devem ser discutidas as ações a serem implementadas e os seus responsáveis, prazo para sua consecução e estabelecimento dos meios de verificação de sua eficácia.

Algumas dessas ações são inerentes ao Ministério Público. Porém, a maioria delas deve ser conduzida em conjunto com os representantes da própria comunidade, conferindo legitimidade à atuação. Dentre as ações, destacam-se:

a) a realização de oficinas de capacitação dos promotores de Justiça envolvidos na metodologia do programa parceria cidadã;

b) estabelecimento de contato com os representantes da comunidade, abrindo o canal de comunicação, bem como a criação de "núcleos de articulação" em cada bairro, formado por legítimos representantes da comunidade, possibilitando uma comunicação mais fluente com o Ministério Público;

c) mapeamento, em conjunto com os núcleos de articulação, da rede de serviços na intersetorialidade: saúde, educação, assistência social, organizações não governamentais (ONGs), etc. para realizar reuniões com as lideranças locais – representantes dos moradores, comerciantes, lideranças religiosas – e diagnosticar quais as ideias e materiais podem oferecer para o desenvolvimento para as ações;

d) comunicação com o público, em conjunto com os núcleos de articulação, para influenciar e despertar a atenção para o problema em questão, contribuindo para a construção e formação de uma opinião pública em favor da paz;

e) provocação com a finalidade de elaboração de um plano de execução, prevendo metas, ações, prazos e responsáveis para o seu alcance, além de articular e mobilizar os setores que tenham interface com as ações propostas no plano de execução;

f) estímulo da comunidade local, monitoramento e avaliação do desenvolvimento das ações presentes no plano de execução, realizando um balanço semestral do trabalho a partir de indicadores de resultados, visando à verificação de sua efetividade e eficácia;

g) fomento a discussões com a diretoria-geral da polícia civil para reestruturação de delegacias e com o comando-geral da Polícia Militar para aumento do policiamento na região e estruturação da polícia comunitária, além da disponibilização de viaturas equipadas com telefone celular;

h) obter o comprometimento dos comerciantes, e promover a efetiva fiscalização de bares, para cumprimento da proibição de venda de bebida alcoólica a menores;

i) provocação do município para a implantação de programas específicos de esportes no bairro e melhoria dos espaços públicos lá existentes;

l) estabelecimento de negociações com cooperativas de trabalho: SESI, SEBRAE, SENAC e SENAR, para a formalização de parecerias que promovam a capacitação profissional e a geração de empregos, possibilitando o estímulo às atividades lícitas;

m) envolvimento das secretarias municipal e estadual de saúde, para a instituição de programas de planejamento familiar;

n) estabelecimento de parcerias para projetos de intervenção urbana;

o) incentivo à reforma dos estabelecimentos públicos de ensino, postos de saúde, praças e logradouros públicos, com a participação direta da sociedade na execução manual dos trabalhos (pintura, limpeza, etc.);

p) organização de palestras nas escolas públicas dos bairros a respeito do problema das drogas, violência, responsabilidade dos pais, direitos e deveres das crianças e dos adolescentes, segurança pessoal, entre outras;

q) criação de espaços públicos para esporte, lazer e atividades culturais, além de espaço reservado para os grafiteiros;

r) instituição de um "Dia de Prevenção à Violência", com atividades relacionadas ao tema, por exemplo, palestras educativas, ações recreativas;

s) estabelecimento de procedimentos de apoio psicossocial e atenção às vítimas de violência da comunidade;

t) proporcionar a participação dos próprios membros da comunidade na elaboração desse material (por exemplo, concursos de frases e desenhos), visando ao engajamento no combate à violência, e à interrupção de carreiras delinquentes;

Somam-se a todas essas ações a expedição de ofícios e acompanhamento dos expedientes, sem prejuízo da propositura das ações competentes.

Além disso, é importante ressaltar que as ações ora descritas constituem uma previsão do que poderá ser feito no escopo deste projeto. É certo, porém, que muitas outras ações serão acrescentadas a este rol, oriundas da tecnologia social – acervo de conhecimento das demandas sociais diagnosticadas por meio das parcerias estabelecidas com a sociedade, visando efetiva intervenção nas políticas públicas – e do envolvimento da comunidade diretamente afetada pelo problema, uma vez que é a sua melhor conhecedora, e, em consequência, é quem está mais apta a identificar as soluções.

Cabe ressalvar que o Ministério Público deve atuar como um agente de apoderamento da comunidade, para que esta deixe de ser peça no conflito, e passe a atuar como protagonista de soluções que sejam satisfatórias, mediante a conscientização da comunidade de que a não-violência não se confunde com a passividade diante da violência e pela desmistificação do sentimento de fraqueza e impotência para mudar a realidade, criado pela complexidade de situações injustas que cercam a comunidade.

Conclusão

Nesse cenário, o Ministério Público deve empreender uma estratégia de mudança social, unindo empenho coletivo da comunidade, compromisso pessoal dos cidadãos que a compõem e as instituições governamentais.

A implantação do projeto aqui relatado, conduzida pelo Ministério Público no formato de piloto para a região sudeste de Goiânia, foi um passo inicial para sua implantação em toda a região metropolitana desta Cidade, e, também como referência para que ações semelhantes sejam desencadeadas em outras regiões do estado de Goiás e do país. Tais ações devem contribuir para a efetiva defesa dos interesses sociais, da vida, da integridade física, do patrimônio, dentre outros bens jurídicos tutelados pelas normas penais e não-penais de um Estado efetivamente Democrático de Direito.

Referências bibliográficas e jurisprudenciais

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS. Projeto Ministério Público Contemporâneo, Goiânia-GO, 2008

_____. Projeto Parceria Cidadã, Goiânia-GO, 2007

VIDA E JUVENTUDE. *Mediação de Conflitos:* a solução de muitos problemas pode estar em suas mãos / Daniel Seidel (org.). – Brasília: Vida e Juventude, 2007.

ROLIM, Marcos. A síndrome da Rainha Vermelha: policiamento e segurança pública no Século XXI. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed.; Oxford, Inglaterra: University of Oxford, Centre of Brazilian Studies, 2006.

SAPORI, Luís Flávio. Segurança Pública no Brasil: desafios e perspectivas. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

http://www.estado.com.br/editorias/2006/11/27/cid-1.93.3.20061127.9.1.xml

http://www.saopaulo.sp.gov.br/sis/lenoticia.php?id=84645&c=6

www.soudapaz.org.br

055

A INIMPUTABILIDADE E A SEMI-IMPUTABILIDADE SEGUNDO A REGRA DO ARTIGO 387, INCISO IV DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Érica Verícia Canuto de Oliveira Veras*

Promotora de Justiça/RN

JUSTIFICATIVA

A reforma do CPP, através da Lei nº 11.719/2008, determinou que o juiz, ao prolatar a sentença penal condenatória, deverá fixar indenização mínima à vítima (artigo 387, inciso IV do Código de Processo Penal.

GUILHERME DE SOUZA NUCCI[1] tem o entendimento de que, quanto ao procedimento para se fixação da indenização civil que:

> *"(...) é fundamental haver, durante a instrução criminal, um pedido formal para que se apura o montante civilmente devido. Esse pedido deve partir do ofendido, por seu advogado (assistente de acusação), ou do Ministério Público".*

De outra posição é o autor EUGÊNIO PACELLI [2], para quem se torna desnecessária a presença do assistente de acusação e mesmo de pedido expresso.

> *"Com efeito, não se trata de cumulação de pedidos, um de natureza penal condenatória, e outra para fins indenizatórios ou de recomposição patrimonial. Se fosse o caso, não seria o Ministério Público parte legítima para a pretensão. Cuida-se, ao contrário, de ampliação da regra da obrigação de reparação do dano prevista no art. 91, I, do Código Penal, devendo ser observado – por isso mesmo – apenas o valor sobre qual não paire a mínima dúvida quanto à sua origem (do dano), a sua titularidade (o acusado) e sua liquidez. Assim, observadas as condições antes mencionadas, relativamente à exigência de contraditório e ampla defesa, não questionamos a validade da aludida norma".*

Na verdade, a união das instâncias civil e penal não é novidade do sistema de justiça brasileiro. Exemplifique-se, à respeito, a Lei Maria da Penha, segundo a qual o Juiz é detentor de competência cível e criminal e, enquanto não se instalarem varas especializadas em violência doméstica contra a mulher, o juiz criminal também tem competência para conhecer dos feitos cíveis especificados na legislação. Aliás, o próprio mandado de restrição é de natureza cível (obrigação de não fazer).

Não se olvide que o legislador, ao inserir o inciso IV do artigo 387 do Código de Processo Penal, não o fez para dar faculdade ao juiz, mas impor que efetivamente "o juiz, ao proferir sentença condenatória: fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido".

O artigo 91, inciso I do Código Penal afirma que um dos efeitos da sentença é tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime.

---

* Promotora de Justiça (RN). Mestre em Direito (UFBA). Doutoranda em Direito (UPV – Espanha). Professora do Curso de Direito (UFRN).

[1] NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 691.

[2] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 11ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 540.

Aliás, mesmo na proposta de suspensão condicional do processo (artigo 89 da lei nº 9.099/95, uma das condições impostas ao beneficiário é a obrigação de reparar o dano, salvo impossibilidade de fazê-lo.

Vencida a questão sobre ser requisito obrigatório ou não da sentença, cumpre-nos problematizar sobre a responsabilidade civil em hipóteses pontuais.

Se houver inimputabilidade (sentença absolutória imprópria) ou semi-imputabilidade (artigo 26, parágrafo único do CP), haverá possibilidade de aplicação do artigo 387, inciso IV do Código de Processo Penal?

Defendemos que sim.

O artigo 386, VI do Código de Processo Penal preceitua que "o juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: existiram circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu da pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do artigo 20 do Código Penal).

Segundo o que preceitua o caput do artigo 26 do Código Penal:

> Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

O parágrafo único do artigo 386 do Código de Processo Penal determina que, embora tenha absolvido o réu, o juiz aplicará medida de segurança, se cabível.

O mandamento faz com que a Doutrina nomine a Sentença como de natureza absolutória imprópria, visto que comina sanção (medida de segurança), reconhecendo que o acusado praticou conduta típica, antijurídica, mas sem culpabilidade, em face de doença mental.[3]

Quanto ao semi-imputável, há redução de pena, e não propriamente absolvição. Observe-se o parágrafo único do artigo 26 do Código Penal.

> **Art. 26.**
> Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Situação que se coloca no presente argumento é o confronto entre a regra nova insculpida no inciso IV do artigo 387 e artigo 386, VI e parágrafo único, todos do Código de Processo Penal, além do artigo 26 do Código Penal.

Deverá ocorrer a declaração de dever de indenizar nas referidas hipóteses (inimputabilidade e semi-imputabilidade em razão de doença mental)?

A segunda situação (semi-imputabilidade) parece mais fácil de responder, já que não há sentença absolutória, mas condenatória, apenas reconhecendo a redução da pena, em caso de ser acolhido o incidente de insanidade mental.

No entanto, remanesce a indagação: quem será o responsável civil? Poderão os curadores ser responsabilizados sem participar do processo e oferecer defesa, sob o crivo do contraditório.

A citação do incapaz, quando conhecida a sua incapacidade (artigo 149 do CPP), é feita através do seu curador designado pelo juízo criminal, ou pelo que estiver exercendo a curatela segundo regra do Código Civil.

De tal sorte, o curador do acusado participará de todo o processo que culminará com a sentença penal condenatório, não podendo objetar que houve cerceamento de defesa e que a sentença, quanto ao efeito de reparação civil, não lhe atingirá.

Segundo o artigo 932 do Código Civil Brasileiro

> Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:
> I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;
> II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

Portanto, dúvidas não restam acerca de quem será o responsável civil nas hipóteses de doença mental do acusado que lhe causa semi-imputabilidade.

Não se pode argumentar que o curador estará prejudicado em seu direito de defesa, em razão de não ser parte no processo penal (que não admite intervenção de terceiros, salvo do assistente da acusação) e não reclama culpa para fins de atribuição da responsabilidade. É que, na hipótese, a responsabilidade civil é objetiva.

---

[3] NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 689.

> Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

Basta que a sentença traga a certeza do fato e da autoria, demonstrando o nexo causal entre o dano e ação do lesante, é evidente a responsabilidade civil do curador. Por isso, a sentença penal condenatória que culmine por fixar indenização mínima à vítima, constitui título executivo judicial a ser oposto contra o acusado ou seu curador, este último em face da responsabilidade civil objetiva.

Como a responsabilidade é objetiva o pai não tem como se eximir alegando o caso fortuito como excludente da responsabilidade, pois aqui vale apenas demonstração de do nexo causal com o dano e ação do lesante.

Diante disto, para que os pais sejam responsáveis civilmente é necessário que a vítima comprove a culpa do filho, e não diretamente demonstre que os pais foram culpados. Afinal, somente poderá os genitores ser cometidos do dever de ressarcir o dano, quando for provado que seu descente não respeitou as normas cogentes de direito e cometeu um ilícito.

Quanto à hipótese do inimputável, tormentosa se torna a defesa da mesma posição, exclusivamente pelo fato de a lei processual penal mencionar, no seu artigo 386, inciso VI, que o juiz absolverá o réu.

No entanto, sustentamos que, em virtude da natureza jurídica da sentença penal em tais hipóteses, que é absolutória imprópria, inclusive com cominação de sanção (medida de segurança), conforme previsto no parágrafo único do mesmo artigo 386 do CPP, deve ser adotada a mesma posição, ou seja, com reconhecimento do dever de indenizar os prejuízos causados à vítima. Servem para o caso a inimputabilidade os mesmos argumentos quanto à participação efetiva do curador e o reconhecimento da responsabilidade civil objetiva.

SÍNTESE DOGMÁTICA

1) O inciso IV do artigo 387 do Código de Processo Penal (fixação de indenização em valor mínimo à vítima pelos prejuízos causados com o crime) se aplica à hipótese do artigo 386, VI e parágrafo único do Código de Processo Penal (inimputabilidade em razão de doença mental), por ser hipótese de sentença absolutória imprópria, em que há sanção cominada (medida de segurança). A responsabilidade civil será do curador.

2) O inciso IV do artigo 387 do Código de Processo Penal (fixação de indenização em valor mínimo à vítima pelos prejuízos causados com o crime) se aplica à hipótese do artigo 26, parágrafo único do Código Penal (semi-imputabilidade em razão de doença mental), por não ser hipótese de sentença penal condenatória, com redução de pena. A responsabilidade civil será do curador.

056

PROJETO OPERAÇÃO BARES (SEGUNDA FASE): CAPACITAÇÃO DOS PROPRIETÁRIOS COMO PACIFICADORES DE CONFLITOS

Augusto Eduardo de Souza Rossini

Promotor de Justiça em São Paulo

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o escopo de demonstrar a importância da Promotoria Comunitária como método de atuação do membro do Ministério Público como verdadeiro agente político, bem como evidenciar a imperiosa necessidade de a instituição se aproximar das comunidades, buscando a paz social e a qualidade de vida dos cidadãos.

O texto indica a história dessa forma de atuação, totalmente voltada à prevenção da violência, sem se descurar da repressão qualificada, na medida em que demonstra que a capacitação de importantes protagonistas da comunidade, no caso os donos de bares, melhora sobremaneira a prevenção da criminalidade.

Ou seja, ao se legitimar como agente político na prevenção da criminalidade, cumprindo um de seus papéis constitucionais, o promotor e a promotora de justiça também se legitimam na atuação repressiva, evidenciando-se que a Instituição busca a paz social por todos os caminhos legais, dando efetividade aos princípios constitucionais que norteiam a atuação dos membros do *parquet*.

Uma das principais, senão a mais importante, missão do Ministério Público é pacificação da sociedade, que pode ser feita tanto na atuação preventiva, como aqui se quer demonstrar, bem assim forma repressiva, através da atuação processual.

Ou seja, ao participar ativamente na construção da cultura a paz, com a redução da criminalidade – e consequentemente com a proteção efetiva de bens jurídicos, a tarefa repressiva se qualifica e permite que os membros da Instituição possam (e devam) ser rigorosos na atuação processual, na busca da condenação dos infratores, que tiveram a opção de não infringir a lei.

A capacitação dos donos de bares, construindo com eles variadas formas de resolução de conflitos, além de fortalecer os laços do Ministério Público com a comunidade, legitima-o como uma instituição defensora de seus legítimos interesses.

HISTÓRICO

APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA: quando tudo começou - 2004

Instalada[1] no Foro Regional de Santo Amaro, na Av. Adolfo Pinheiro, 1992, 7º andar, São Paulo, a Promotoria de Justiça do III Tribunal do Júri da Capital era integrada por 08 (oito) Promotores de Justiça e contava com 05 (cinco) funcionários e com 04 (quatro) estagiários, com atribuição para atuar na persecução penal dos crimes dolosos contra a vida ocorridos na zona sul da Capital do Estado de São Paulo.

Sua área de atribuição abrangia 09 Distritos Policiais da região sul de São Paulo, pertencentes a 6ª Delegacia Seccional de Polícia, a saber: 11º DP-Sto Amaro, 47º DP-Capão Redondo, 48º DP-Cidade Dutra, 25º DP-Parelheiros, 85º DP-Jardim Mirna, 92º DP-Parque Santo Antonio, 100º DP-Jardim Herculano, 101º-Jardim das Embuias, 102º DP-Socorro.

[1] Até abril de 2007

Tal região era tida por seus moradores como uma verdadeira "Cidade de Santo Amaro", abarcando bairros como Jardim Ângela, Capão Redondo, Grajaú, Parelheiros e Engenheiro Marsilac, este na divisa com o litorâneo município de Itanhaém - onde inclusive está localizada uma grande área indígena da Nação Guarani, com as aldeias Krukutu e Morro da Saudade, dentre outros.

Na região estava fixada uma população de aproximadamente 2.000.000 (dois milhões de pessoas), com densidade demográfica de 66,00 habitantes por km², cobrindo uma área física de aproximadamente 618,0 km², dividida em 05 Subprefeituras: M'Boi Mirim, Parelheiros, Campo Limpo, Santo Amaro e Capela do Socorro.

O quadro abaixo, elaborado com dados fornecidos pela Prefeitura do Município de São Paulo, descrevia claramente a população e a área que abrangia, à época, cada Subprefeitura, cujas circunscrições estavam afetas ao Terceiro Tribunal do Júri.

QUADRO POPULACIONAL

Subprefeitura	População total (hab.)	Área (km²)
M'Boi Mirim	484.966	62,1
Parelheiros	11.240	353,5
Campo Limpo	505.969	32,7
Santo Amaro	218.558	37,5
Capela do Socorro	563.922	132,2
Atendimento pelo III Tribunal do Júri	1.784.655	618,0

Fonte: Prefeitura do Município de São Paulo

Por ser uma região carente de infra-estrutura, Santo Amaro sempre ostentou índices alarmantes de criminalidade e violência urbana, merecendo destaque o fato de que os homicídios de forma isolada chegaram a suplantar todas as demais causas de morte.

De acordo com o quadro abaixo, construído com os dados fornecidos pela Secretária Municipal de Saúde da Cidade de São Paulo, constatava-se que os pólos em que os delitos de homicídio ocorriam estavam situados nos pontos extremos da região de Santo Amaro.

PERCENTAGEM DE HOMICÍDIOS SOBRE OUTRAS CAUSAS DE MORTE (faixa de 15 a 39 anos)

Subprefeitura	Homicídios (%)	Outras Causas (%)
M'Boi Mirim	58	42
Parelheiros	50	50
Campo Limpo	52	48
Santo Amaro	32	68
Capela do Socorro	57	43

Fonte: Secretaria Municipal de Saúde – 2004

Além da falta de infra-estrutura, a região de Santo Amaro estava composta em sua maioria por pessoas de classe baixa, com famílias numerosas e com uma renda média de dois salários mínimos, conforme demonstra o quadro a seguir, elaborado com dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE.

RENDIMENTO CHEFES DE FAMÍLIA *(Fonte: IBGE)*

Subprefeitura	Sem rendimento (%)	Até 5 Salários-Mínimos (%)
M'Boi Mirim	17,02	61,32
Parelheiros	22,74	61,12
Campo Limpo	13,94	55,96
Santo Amaro	6,32	22,52
Capela do Socorro	16,09	57,01

Em grande parte, "caracteriza-se por ser uma região de população de classe baixa, com crescimento desordenado, havendo grande exclusão social, sendo carente nas áreas de saúde, educação, saneamento básico (com esgotos a céu aberto e ligações clandestinas de água), transporte coletivo, iluminação (com ligações clandestinas nas residências – gatos) e pavimentação pública, áreas de lazer, etc. As residências são em sua maioria casebres de alvenaria e sem acabamento nas paredes. Todos estes fatores de degradação física do ambiente, bem como as carências sociais de todos os tipos, inclusive ausência de políticas públicas para a diminuição das carências, provocam a sensação de impunidade e criam condições propícias à criminalidade, trazendo à comunidade a "banalização da violência e da vida"[2]. Acrescente-se a todos esses fatores de degradação social, o fato de que enormes áreas da região sul eram, e ainda são, consideradas "áreas de preservação ambiental", em razão dos mananciais existentes (represa do Guarapiranga) e que são responsáveis pelo abastecimento de boa parte da água consumida pela população de São Paulo. Não obstante, essas áreas eram objeto de constantes invasões e ocupações irregulares, fruto da deficiente política habitacional, o que apenas acentuava as chances de conflitos interpessoais e, consequentemente, o aumento de ocorrências criminais violentas, das quais o homicídio vinha sendo uma constante na vida dessa população.

FORMA DE ATUAÇÃO DO PROMOTOR DO JÚRI DE SANTO AMARO: até julho de 2004

Apesar da gravidade da situação acima descrita e de sua enorme complexidade, há muito conhecida por todos os setores governamentais, até julho de 2004, a atuação de cada Promotor de Justiça do Júri de Santo Amaro era feita dentro dos moldes de atuação tradicionais no Ministério Público (manifestações processuais, participação em audiências, sessões do Tribunal do Júri e todos os incidentes processuais decorrentes).

Na Promotoria tradicional trabalhava-se apenas com os efeitos dos problemas sociais já ocasionados (crimes ocorridos, por exemplo), exceção feita a algumas experiências de trabalhos junto à comunidade, mas realizados de forma individual por alguns Promotores.

Muito embora, a existência desse padrão tradicional de Promotor de Justiça atendesse as exigências da Administração Superior, havia um profundo incômodo entre os integrantes da Promotoria do Júri de Santo Amaro decorrente do fato de que a imensa maioria dos homicídios, cerca de 75%, permanecia com sua autoria desconhecida, o que, indubitavelmente, significava impunidade.

Somando-se esse fato (elevado índice de arquivamentos de inquéritos de homicídio por autoria desconhecida[3]) às enormes dificuldades para se levar um réu a julgamento pelo Júri[4], os Promotores de Justiça do Júri de Santo Amaro obrigaram-se a fazer uma reflexão: em que medida a forma padrão de trabalho, distribuição de serviços e funcionamento da Promotoria de Justiça contribuía para a repressão da criminalidade violenta?

Até aquele momento, cada Promotor exercia seu trabalho de forma individual, sem ter o conhecimento das ações de seu colega de Promotoria e muito menos da realidade social da comunidade que o cercava.

A distribuição meramente numérica dos serviços diluía o problema em diversos feitos criminais, dificultando o conhecimento de sua origem, seu encadeamento e possíveis desdobramentos, de modo a impedir qualquer ação preventiva para estancá-lo ou minimizá-lo.

---

[2] Citando trabalho do Capitão PM Gilberto Tardochi da Silva, Capitão PM, Comandante da 4ª Companhia do 37º Batalhão de Polícia Militar Metropolitano, apresentado para o Concurso Polícia Comunitária SENASP-MJ/2005, com o título "Implantação e Desenvolvimento Do Policiamento Comunitário Realizado Na Base Comunitária De Segurança Do Jardim Ranieri"

[3] Dados do relatório anual de 2004 da Promotoria de Justiça do Júri de Santo Amaro, indicaram 75% de arquivamentos, contabilizando número total de arquivamentos e de denúncias oferecidas no período, o que corresponde em média a 130 arquivamentos/mês

[4] Dados do relatório de junho a novembro de 2005 da PJ Júri de Santo Amaro indicaram que somente 50% em média dos julgamentos marcados eram realizados

O funcionamento da Promotoria de Justiça montado exclusivamente para atender a demanda individual de cada Promotor de Justiça (no tocante a execução dos seus feitos criminais, suas audiências e júris), não levava em conta a necessidade de análise da produção global da Promotoria e os importantes dados que daí poderiam ser extraídos para aprimoramento do serviço. Nem tampouco e muito menos, considerava as rotinas e procedimentos administrativos dos funcionários e estagiários, deixando-os à margem de qualquer processo participativo da missão da Promotoria.

MOMENTO DE MUDANÇA

O reconhecimento da situação acima e os dados iniciais de que se dispunha permitiu concluir que o trabalho tradicional do Promotor do Júri pouco auxiliava na repressão criminal considerada em sua forma coletiva. Esse trabalho repressivo alcançava quase que exclusivamente a pessoa individual do réu que tivesse sido identificado pelo Estado, o que não ocorria com a imensa maioria dos homicidas (conforme exaustivamente os dados estatísticos revelaram).

Constatou-se que o enorme esforço despendido para levar um homicida a julgamento, pouco resultado efetivo gerava para a repressão criminal e pouco contribuía para a solução e para a amenização do problema da violência da nossa região.

Tal análise levou a uma segunda constatação: o aumento da quantidade de homicídios esclarecidos[5], por si só, não alteraria o panorama da impunidade então sentida. Uma simples operação aritmética demonstrou que essa melhoria no trabalho dos Promotores de Justiça, embora importante, não era a mais urgente. Isto porque, a Promotoria do Júri, em razão de suas limitações estruturais (em especial a capacidade total para realizar júris que, na época, girava em torno de 48/mês), não conseguiria dar vazão a um número maior de processos criminais, os quais se atolariam nas prateleiras do cartório do Judiciário, aguardando anos e anos até serem concluídos e julgados. Por uma outra via, a impunidade que se pretendia combater, acabaria se agravando, levando em consideração as diversas dificuldades existentes e então enfrentadas para levar um réu a julgamento pelo plenário do Júri.

Foi então que os integrantes da Promotoria de Justiça do III Tribunal do Júri concluíram que a quantidade de homicídios tinha que diminuir drasticamente.

Essa conclusão exigiu uma mudança radical no foco de atuação. A Promotoria do Júri deveria empenhar-se para evitar que novos homicídios ocorressem, ou seja, investir seus esforços na prevenção do homicídio e não somente na sua repressão.

Essa mudança de foco obrigou seus integrantes a um exercício de humildade: o reconhecimento de que não tinham a mínima idéia de como fazer para diminuir os índices de homicídio na região, pelo menos com as habilidades tradicionais de um Promotor de Justiça.

A Promotoria do Júri decidiu, então, oferecer sua cooperação à policia civil, à polícia militar e à comunidade civil organizada da região, visando buscar junto a eles propostas que tivessem como objetivo a redução dos homicídios. E não só. Buscou-se esse entrosamento inicial para desenvolver seu trabalho de acordo com as demandas da comunidade, abrindo a Promotoria para conhecê-las e colocando-a como parceira dos outros órgãos de Segurança Pública, sempre com o objetivo de encontrar as soluções dos problemas a esta relacionados, bem como dos problemas sociais e das políticas públicas que interferissem direta ou indiretamente nas questões de Segurança Pública e Justiça Criminal.

Dessa mudança de perspectiva começou a surgir o que identificamos como ***Promotoria Comunitária***.

OBJETIVOS DA PROMOTORIA COMUNITÁRIA

Os objetivos de uma promotoria comunitária servem, na verdade, para atingir um objetivo maior que é a melhoria da qualidade de vida da população perante a qual se atua. No caso da promotoria comunitária do Júri de Santo Amaro foram assim definidos:

Principal: Contribuir para a redução do número de homicídios na região.

Complementares: a) Atuar na prevenção do crime; b) Desenvolver forma de atuação na qual os Promotores de Justiça trabalhem em parceria com outros órgãos públicos e com a comunidade local; c) Promover o trabalho em equipe entre os Promotores de Justiça; d) Integrar à missão da Promotoria os seus funcionários e estagiários.

AS PRIMEIRAS AÇÕES DESENVOLVIDAS E SEUS RESULTADOS

Operação Bares

Pouco tempo depois dos contatos iniciais entabulados pelos Promotores do Júri com a comunidade e com a polícia militar e civil, aderiu-se à proposta para implantação conjunta do projeto "operação bares" formulada pelo então tenente-coronel Renato Aldarvis, na época comandante do 1º Batalhão da Polícia Militar.

[5] A proposta inicial era a de melhorar a investigação criminal a fim de diminuir os arquivamentos de autoria desconhecida

O projeto "operação bares", cujas tratativas tiveram início em outubro de 2004, consistiu em efetuar um acordo com os donos dos bares das regiões envolvidas para que fechassem voluntariamente seus estabelecimentos a partir das 22h00, visando à diminuição do número de homicídios visto que as estatísticas comprovavam que grande parte das mortes violentas ocorria após esse horário e nas proximidades de bares.

A adesão voluntária fez-se necessária porque no município de São Paulo não havia lei especifica para essa finalidade[6], ao contrário de outros municípios que a editaram[7], e cujos resultados na diminuição dos índices criminais vinham sendo animadores e foram mesmo inspiração para a elaboração desse projeto. Esse acordo recebeu o nome oficial de "Pacto de Cidadania. Preservação da Vida e da Paz", tendo sido criado um cartaz com o nome do Pacto, o aviso do horário limite de funcionamento do estabelecimento comercial (22h00) e o emblema de cada instituição oficial que estava apoiando a iniciativa.

Para a execução do projeto, a área abrangida foi dividida em três regiões – Capão Redondo, Jardim Ângela e Parque Santo Antonio, coincidentes com a área dos DP's e das Companhias do 1º BPM respectivos (47º DP- 3ª Cia do 1º BPM; 92º DP-2ª Cia do 1º BPM; 100º DP-1ª Cia do 1º BPM)[8].

Designou-se uma reunião para cada região, e a Polícia Militar incumbiu-se de convidar cada dono de bar, motivando-os a comparecer para participarem da propositura do Pacto que seria feito na oportunidade. Cada uma das instituições oficiais participantes se fez presente (Policia Militar e Polícia Civil da área, Juízes e Promotores do Júri de Santo Amaro, Subprefeitura), além de representantes da sociedade civil (Conseg.s, Associações de bairro, ONG.s, líderes comunitários, igrejas) e o apoio da Diretoria Regional de Ensino Estadual.

Nessas reuniões, os termos do acordo proposto foram apresentados, procurando convencer os proprietários dos bares a aderirem a ele e, assim, voluntariamente, comprometerem-se a fechar seus estabelecimentos às 22h00. Para esse trabalho de convencimento, todos os setores envolvidos fizeram uso da palavra, apresentando seus argumentos favoráveis àquela iniciativa e, principalmente, demonstrando os reflexos dos bares abertos nas madrugadas e o fenômeno dos crimes violentos, especialmente os homicídios.

Nas três reuniões iniciais, em que houve expressivo comparecimento de donos de bares da região, foram demonstradas as estatísticas evidenciando: a) os elevados números de homicídios na região, que podiam ser comparados a lugares que estavam em plena guerra; b) o sexo e a faixa etária da maioria das vítimas (homens de 17 a 25 anos), revelando que eram os jovens que estavam morrendo, portanto deixando claro o risco que os filhos de todos os moradores da região esavam sujeitos; c) os antecedentes criminais das vítimas, na maioria sem qualquer registro, vindo a derrubar a indiferença frente à violência em razão do velho e equivocado entendimento popular de que "só está morrendo bandido mesmo"; d) o período em que os homicídios ocorriam com maior freqüência, entre 23h00 e 06h00, concentrando-se, nos fins de semana até a madrugada de 2ª feira, de modo a justificar estatisticamente a hora estipulada pelo Pacto proposto; e) a grande incidência de crimes de homicídios em bares, próximos a eles e relacionados a questões iniciadas dentro de um bar.

Nessas reuniões, foi exibido também um vídeo relatando o êxito na redução dos índices criminais, em especial do número de crimes de homicídio, nos Municípios[9] que adotaram a Lei de fechamento dos bares após determinado horário, deixando evidente a relação entre a ocorrência de homicídios e os bares abertos a noite inteira.

Todos os órgãos participantes da iniciativa fizeram uso da palavra, relatando suas experiências em face da violência e a razão pela qual acreditavam na iniciativa e no Pacto proposto naquela oportunidade. No final, a Promotoria do Júri manifestou-se, relatando a rotina diária dos Promotores, o número excessivo de inquéritos arquivados, o tempo e as dificuldades para levar um réu a julgamento, o custo de um preso para o Estado e, principalmente, o drama dos familiares da vítima, que toda a energia e dinheiro gasto para repressão do crime não conseguia amenizar. Ou seja, mostrando que muito mais importante que punir o culpado de um homicídio, é poupar a vida, é evitar vítimas futuras, em sua maioria jovens moços de 17 a 25 anos, que muito bem poderiam ser filhos das pessoas que ali estavam.

A adesão dos donos de bares, nessa primeira fase da operação, foi expressiva.

Para cumprimento do Pacto, a Polícia Militar intensificou as rondas noturnas na região. Os bares irregulares foram orientados a regularizar sua situação administrativa, contando com o apoio da Subprefeitura local na agilização do trâmite. Em caso de omissão, o Ministério Público provocou a ação da fiscalização da Prefeitura. Para os bares regulares que não aderiram ao Pacto, o trabalho de convencimento da importância de sua adesão continuou sendo feito pelas rondas rotineiras da Polícia Militar.

Os resultados iniciais da "operação bares" foram extremamente animadores, pois, em três meses de monitoramento dessa operação (período de novembro/2004 a janeiro/2005), constatou-se a redução do número de homicídios em cerca de 40% em relação ao mesmo período do ano anterior, conforme quadro abaixo[10]:

---

[6] A Lei Municipal Nº 12879 de 1999, refere-se a fechamento de bares a 01h00, mas o objetivo buscado é a preservação do sossego público, pois trata do dever de dar tratamento acústico aos estabelecimentos noturnos

[7] Diadema, Lei 075/2001 e Decreto 550/2002; Barueri Lei 1214/2001 e Decreto 4746/2001

[8] As áreas abrangidas pelas antigas 1ª e 3ª Cias. do 1º BPM, foram repassadas para 37º BPM criado em dezembro de 2004 e instalado no início do ano de 2005. As áreas do 100º DP e 47º DP foram distribuídas respectivamente para as 1ª/ 2ª Cias. e 3ª/4ª Cias. do 37º BPM, ficando o 1º BPM com três cias., para as áreas do 92ºDP e 102º DP (Socorro)

[9] vide nota 8 acima

[10] Dados fornecidos pela Polícia Militar

	nov/03 a jan/04	nov/04 a jan/05	% Queda
1a. Cia (100 DP)	40	21	-47,5
2a. Cia (92 DP)	43	23	-46,5
3a. Cia (47 DP)	45	28	-37,8

Grupo Organizado Para Valorização Da Vida – G.O.V.V.

Com o êxito inicial da 1ª fase da "operação bares" e conscientes de que essa operação isoladamente não poderia dar conta de manter a contínua queda dos índices de homicídios, ainda elevados na região, um novo projeto idealizado e coordenado conjuntamente pelo 1º BPM e 37º BPM[11], foi colocado em ação, a partir de fevereiro de 2005, o qual contou também com a participação conjunta da comunidade (ONG.s, Fórum em Defesa da Vida-FDV, CDHEP, Associações de Bairro, Instituto Sou da Paz, Conseg.s), diversos órgãos públicos (Subprefeitura, Sabesp, Diretoria Estadual de Ensino), Polícia Civil (dos distritos locais, 6ª Delegacia Seccional e DHPP), entidades religiosas, Ministério Público (Promotores do Júri de Santo Amaro), Poder Judiciário (Juízes do Júri de Santo Amaro).

A idéia básica do projeto reportava-se à constatação de que o crime acontece, na grande maioria das vezes, porque o seu agente encontrou a oportunidade ideal para cometê-lo.

Assim sendo, para atuar na prevenção[12], deveríamos trabalhar no sentido de retirarmos do local o que foi chamado de "a oportunidade do crime".

E como fazer isso?

Não é preciso ser nenhum grande estudioso do tema para perceber que as regiões mais violentas são também as mais degradadas, as que menos têm equipamentos urbanos, as mais necessitadas em termos de moradia, escolas, postos de saúde, transporte coletivo, lazer, entre outras carências.

A partir dessa constatação, o objetivo do grupo foi escolher um local (para funcionar como projeto piloto), efetuar um diagnóstico de seus problemas urbanos e definir estratégias para resolvê-los, identificando de forma conjunta os setores responsáveis para execução das ações propostas.

Ou seja, o propósito do G.O.V.V.- Grupo Organizado para Valorização da Vida, no início de sua criação, foi preparar planos de ação para intervenção concreta no ambiente, visando a redução de crimes, em especial dos homicídios, com a expectativa de que a atuação e o compromisso conjuntos dos diferentes setores da sociedade e dos órgãos públicos com a melhoria de determinado ambiente resultassem em uma pressão saudável para viabilizar a realização de ações efetivas tendentes a desenvolver e melhorar o ambiente, retirando dali a oportunidade para o crime ocorrer.

O projeto-piloto transcorreu da seguinte forma.

Inicialmente, o G.O.V.V.- Grupo Organizado Para Valorização da Vida reuniu-se em fevereiro de 2005[13] e optou pelo Parque Novo Santo Amaro, que registrava, à época, números elevados de homicídios, além de ser região muito carente de equipamentos públicos.

No mês de março de 2005, os integrantes do G.O.V.V. visitaram o local escolhido e preencheram um formulário propondo um diagnóstico e sugerindo estratégias, a serem agrupadas em diferentes programas, com indicação do objetivo e do órgão responsável.

No mês de abril seguinte, de posse dos 12 programas sugeridos anteriormente, os integrantes do G.O.V.V. reuniram-se por área de interesse e de afinidade a fim de estruturar cada um dos programas inicialmente delineados com a estratégia, órgão responsável e objetivo, indicando a data de início, os equipamentos necessários, freqüência de atuação, pontos de atuação, pessoal a ser empregado, resultados esperados, medidas de apoio, autoridade responsável, programa complementar e os órgãos envolvidos, ações a serem desencadeadas pelo órgão responsável pelo programa.

Em maio de 2005, o grupo novamente se reuniu para, dentre os programas sugeridos, eleger os que poderiam ser imediatamente aplicados, definindo-se ações concretas a serem desencadeadas para sua efetiva implementação. Nessa data, foram escolhidos o programa 01 (plano de polícia ostensiva para o local para atuação preventiva), o programa 08 (projeto de saneamento básico e urbanização), o programa 02 (criança e adolescente na Escola) e o programa 03 (projetos culturais e esportivos com os jovens da localidade).

---

[11] Vide nota 09 sobre a divisão dos batalhões

[12] prevenção primária do crime – medidas de governo voltadas para educação, saúde, moradia, saneamento básico, geração de empregos, distribuição de renda, infra-estrutura urbana e rural, promulgação de leis penais e processuais, que repercutem a médio e longo prazo na redução da criminalidade e da violência

[13] a partir da formação do grupo, deliberou-se que este se reunirá toda primeira 5ª feira de cada mês

Embora realizado como projeto-piloto que encontrou diversos obstáculos para se desenvolver tal qual inicialmente idealizado, verificou-se que a interação promovida entre Poder Público/Comunidade, por meio do formato do G.O.V.V., apresentou resultados positivos, em especial o sentimento de confiança que a comunidade começou a ter em suas autoridades públicas, até então, vistas com alguma reserva. Mesmo porque, boa parte das ações dessas autoridades, seja a Polícia, seja o Ministério Público, sejam os órgãos da Prefeitura ou do Estado, era quase sempre marcada com certa conotação repressiva. A partir da experiência do G.O.V.V., a presença do Poder Público começou a ser percebida também para intervenções positivas, que trariam melhoria de condições de vida e segurança para a população daquela região.

A diminuição dos índices criminais revelou que a atuação do G.O.V.V. produziu resultados concretos, contribuindo, especialmente, para a queda do número de homicídios:

	2005	2006	Queda %
37º. BPM (47o.DP e 100o.DP)[14] Fevereiro	27	7	**-74,1**
Carnaval	8	1	**-87,5**
Parque Novo Santo Amaro[15] (4a. Cia do 37o. BPM)			
Março	12	1[16]	**-91,7**
Carnaval	8	0	**-100,0**

Hoje (segundo semestre de 2009): Operação Bares + G.O.V.V.

Todas as segundas quartas-feiras[17], de todos os meses, desde 2004, o Grupo Organizado de Valorização da Vida se reúne em local neutro[18] e serve de fórum de debates das comunidades locais, nunca se perdendo de vista que os trabalhos ali desenvolvidos acontecem em sistema de rede, certo que na Comissão Executiva[19] as principais instituições são representadas.

Ao longo dos últimos anos novas demandas foram objeto de atenção, como questões ligadas a várias áreas: saúde, educação, cultura, transporte, moradia. A especialização fez nascer o G.O.V.V. Transportes e o G.O.V.V. Cultura, com autonomia organizacional, contando com líderes comunitários como seus responsáveis. Vários foram os seminários e visitas. Enfim, o empreendedorismo local é o responsável por muitos avanços na cultura cidadã. Tanto assim que nas últimas eleições, o G.O.V.V. promoveu um debate entre os principais candidatos a vereador vinculados à região.

Tanta reflexão fez com que nosso olhar se voltasse novamente aos bares, num exercício de 'eterno retorno', pois alguns problemas relacionados à violência voltaram a ocorrer.

Como os donos de bares tornaram-se parceiros, porquanto na sua maioria honraram o Pacto pela Vida e pela Paz e passaram a fechar seus estabelecimentos por volta das 22h00min, e como não são mais vistos de forma preconceituosa, mas como construtores da cidadania, pois não vendem somente bebidas alcoólicas, mas fornecem gêneros alimentícios para muitas pessoas que não têm acesso aos hipermercados, funcionam como pontos de

[14] Dados fornecidos pelo Ten.Cel. Emilio na reunião do G.O.V.V. de 02/03/2006

[15] Dados fornecidos pelo Ten. Novaes – comandante da 4ª Cia/37ºBPM

[16] Até dia 29/03/2006, dados fornecidos pelo Ten. Novaes, sendo que o Parque Novo Santo Amaro até março de 2006, estava há cinco meses sem nenhum homicídio

[17] As reuniões foram transferidas das segundas quintas-feiras, para as segundas quartas-feiras.

[18] As reuniões ordinárias ocorrem nas dependências da FATEC, que á a Faculdade de Tecnologia Estadual.

[19] Criada para dar um mínimo de institucionalidade na organização dos trabalhos, ficando a cargo do autor do presente trabalho sua coordenação, que para tanto conta com a ajuda de lideranças locais. Ressalte-se que não há qualquer estatuto, registro, CNPJ etc. Trata-se de um movimento organizado, sem as características de associação etc., mas que goza de reconhecimento local, tanto que se criou um costume salutar, pois é no G.O.V.V. que todas as novas autoridades que assumem postos na região se apresentam à comunidade.

referência para a Polícia Militar e Guarda Civil Metropolitana etc., o G.O.V.V. deliberou instituir um método para que tais protagonistas (que devem ser vistos como tal) recebam treinamento qualificado e possam auxiliar na construção da cultura da paz.

A CAPACITAÇÃO DOS DONOS DE BARES COMO AGENTES PACIFICADORES – A CONTINUAÇÃO DO PROJETO ORIGINAL.

A partir das profundas reflexões surgidas do debate sobre o controle social do uso do álcool, percebeu-se que os donos de bares podem funcionar como pacificadores de conflitos, especialmente porque convivem com parcela significativamente pobre da comunidade, com ela convivendo diuturnamente (pois muitos também são dessa faixa econômica) e percebem, por puro empirismo, que muitas coisas podem ser evitadas. Tais profissionais sabem avaliar se um freguês está armado, se dirigirá em estado de embriaguez, se agredirá a esposa ou convivente ao chegar em casa etc. Contudo, na maioria das hipóteses nada fazem, pois não querem se comprometer com o problema – embora devam, pois fazem parte do próprio problema, ou não tem treinamento adequado para tanto.

Assim, a transmissão de conhecimentos dos mais variados matizes a tais profissionais, além de prepará-los para um adequado exercício da profissão os inserem numa cultura cidadã, de rede, de responsabilidades partilhadas, enfim, do pleno exercício da cultura da paz, evitando-se os mais variados problemas, notadamente as infrações penais.

Dessa forma, imbuídos desse desejo, o G.O.V.V., capitaneado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, por parte de integrantes do projeto denominado Promotoria Comunitária, organizou seminários (que também podem ser denominados encontros), com a seguinte estrutura:

- formato de seminário (ou encontro)
- um dia inteiro, preferencialmente num sábado.
- local: a se definir (depende do número de participantes e das condições locais);
- público alvo: (donos de bares ou de outros estabelecimentos da mesma natureza).
- número de participantes (depende do número de inscrições e da capacidade do local).
- dia (sábado, preferencialmente)
- instituições convidadas: ( ) Subprefeitura; ( ) GCM; ( ) Associação Comercial; ( ) Psiu; ( ) Vigilância Sanitária; ( ) PM; ( ) Pol Civil; ( ) Governo Estadual - cigarros?; ( ) MP; ( ) etc.
- material de apoio (apostila, *folders,* CD, papel, caneta etc.)

O papel de cada um[20]:

- A Subprefeitura abriria o evento. Ênfase à questão da regularidade dos estabelecimentos (como se obtém alvará; como é o procedimento de lavraturas da multa e como se recorre dela). É conveniente que além do Subprefeito, também um assessor de assuntos jurídicos esteja presente;
- A Vigilância Sanitária ofereceria noções básicas de higiene, inclusive com relação ao lixo (pois houve demanda nesse sentido naquela reunião na UNIP);
- Psiu: o que é e como pode ser acionado.
- CGM: discorreria sobre sua missão e como ela se relaciona com os objetivos do curso/evento;
- PM e PC: darão ênfase aos aspectos criminais e como isso influencia na vida das pessoas. A PM explicaria como formula a estratégia de patrulhamento e como pode incrementar sua missão com o apoio da comunidade e dos comerciantes. A PC explicaria sua missão - e as consequencias de eventual prática criminosa ou contravencional.
- O Governo Estadual (através da agência que não identifiquei) explicaria a lei antifumo.
- MP: apresentaria as outras experiências exitosas da PJ Comunitária e como isso impactou na vida das pessoas, reforçando, ainda, o que a PC disser (consequências jurídicas das infrações).
- CONSEG e MP: A presidente(a) e Diretoria, juntamente com o membro do MPSP seriam os 'fios condutores' do evento, abrindo cada um dos painéis e destacando a importância das respectivas instituições indicadas.
- CDHEP – Centro de Direitos Humanos e Educação Popular do Campo Limpo, responsável pela apresentação dos métodos de pacificação e dissolução de conflitos.
- Material de Apoio: pelo menos uma lista com os endereços e os contatos das instituições participantes para que as demandas sejam encaminhadas futuramente; uma pasta com caneta e papel sulfite (para antoações); *'coffee break';* certificado de participação assinado pelo Conseg; quando do convite (formal, por ofício) das Instituições, é conveniente que se solicite material próprio (como folders, cartilhas etc.), de modo a enriquecer o que o participante levará para sua casa/vida[21]

---

[20] O modelo aqui usado foi concebido para o bairro de Santo Amaro, correspondente à área do 11º Distrito Policial da Capital e 22º Batalhão da Polícia Militar Metropolitana, região do CPA/M10 e da Subprefeitura de Santo Amaro, Município de São Paulo, Capital, tanto que alguns protagonistas são instituições privadas comprometidas com a cultura da paz.

[21] Há projeto de lei na Câmara Municipal de São Paulo, que prevê a freqüência ao seminário em análise como condição para a concessão do alvará de funcionamento.

CONCLUSÕES

A Promotoria Comunitária, que tem como fundamento para sua construção, a abertura e a aproximação de seus Promotores para a comunidade e também para outros órgãos públicos, e como prioridade de atuação, as ações preventivas, é o modelo de Ministério Público que mais atende a esse mandamento constitucional.

Além de todos os benefícios que a Promotoria Comunitária pode trazer em sua atuação diferenciada, ela permite à comunidade um controle social mais direto sobre os representantes do Ministério Público, viabilizando, ainda, a medição dos resultados sociais de suas atividades.

Embora não seja fácil construir uma Promotoria Comunitária, o esforço vale a pena. A Promotoria Comunitária não é apenas um novo método de trabalho. É uma filosofia de ser Ministério Público: comprometido com a comunidade a que serve, e em busca de resultados efetivos para a melhoria da qualidade de vida de seus cidadãos.

A capacitação dos donos de bares como agentes pacificadores, em parceria com outras instituições públicas ou privadas, reafirma e torna real o desejo de o Ministério Público ser protagonista na construção da rede cidadã, através da transmissão de conhecimentos aos referidos comerciantes para, isolados ou em parcerias, participar ativamente na prevenção de conflitos e consequentemente de danos, na busca da paz social e da qualidade de vida dos cidadãos.

Ao se legitimar como agente político na prevenção da criminalidade, cumprindo um de seus papéis constitucionais, o promotor e a promotora de justiça também se legitimam na atuação repressiva, evidenciando-se que a Instituição busca a paz social por todos os caminhos legais, dando efetividade aos princípios constitucionais que norteiam a atuação dos membros do *parquet*.

Uma das principais, senão a mais importante, missão do Ministério Público é pacificação da sociedade, que pode ser feita tanto na atuação preventiva, como aqui se quer demonstrar, como também na forma repressiva, através da atuação processual.

Ou seja, ao participar ativamente na construção da cultura a paz, com a redução da criminalidade – e consequentemente com a proteção efetiva de bens jurídicos, a tarefa repressiva se qualifica e permite que os membros da Instituição possam (e devam) ser rigorosos na atuação processual, com a condenação dos infratores, que tiveram a opção de não infringir a lei.

A capacitação dos donos de bares, construindo com eles variadas formas de resolução de conflitos, fortelece os laços do Ministério Público com a comunidade.

Em síntese, a prevenção é possível e deve ser buscada pelo Ministério Público em parceria com a coletividade.

060

TRANSAÇÃO PENAL, EXECUÇÃO DA PENA E NECESSIDADE DE NOVA CAUSA INTERRUPTIVA DA PRESCRIÇÃO

Calixto Oliveira Souza

Promotor de Justiça

SUMÁRIO: Introdução - 1 Partes envolvidas na transação penal - 2 As opções do autor do fato - 3 A rejeição à efetividade da transação penal - 3.1 Descumprimento após o acolhimento - 3.2 Descumprimento após o adiamento da decisão sobre o acolhimento - 3.3 A decisão do juiz é proferida através de sentença - 3.4 O princípio do devido processo legal - 3.4.1 O devido processo legal na Constituição Federal - 3.4.2 A transação penal oferece mais garantias que o devido processo legal - 3.4.3 O anômalo poder discricionário do autor do fato - 3.5 O desprestígio voluntário da Justiça - 4 O artigo 76 da lei 9.099/95: aplique-se ou revogue-se - 5 Observações sobre a conversão em pena de prisão - 5.1 A oportunidade para justificativa - 6 A questão da prescrição – Conclusões.

Síntese Dogmática

1 – A Lei 9.099/95 não impede a conversão em prisão das penas restritivas de direitos aplicadas após o acolhimento pelo juiz da proposta ministerial aceita pelo autor do fato nem exige que seja descartada a pena aplicada após a transação penal e iniciada uma ação penal pela denúncia com a finalidade de se obter uma pena exeqüível, o que jogaria por terra o artigo 76 da Lei do Juizado Especial Criminal, que não ofende o princípio do devido processo legal;

2 – A decisão judicial sobre a proposta do Ministério Público aceita pelo autor do fato deverá explicitar se acolhe ou não a transação penal apresentada, sem cláusula resolutiva, aplicando, na primeira hipótese, a pena restritiva de direitos ou multa, sujeitando-se a eventual recurso de apelação;

3 – Considerando que a decisão que acolhe a proposta ministerial aceita pelo autor do fato encerra uma fase processual, sujeitando-se a recurso de apelação e substituindo a fase cognitiva e a sentença de mérito, passando-se à execução da pena, o que a torna análoga à decisão de mérito, deverá ser remetida moção à CONAMP para análise da possibilidade de iniciativa de lei para que seja acrescentado o § 7º ao artigo 76 da Lei 9.099/95, com a seguinte redação: *a sentença que acolhe a proposta prevista no parágrafo 4º interrompe o curso da prescrição.*

Introdução

O presente trabalho tem por objetivo fazer uma análise da eficácia do artigo 76 da Lei 9.099/95, em harmonia com as determinações contidas na Constituição Federal, nos Códigos Penal e de Processo Penal e na Lei de Execução Penal, ousando incluir um estudo sobre a necessidade e a possibilidade de ser acrescentada ao referido dispositivo legal uma nova causa de interrupção da prescrição. O estudo prende-se ao tema central do XVIII Congresso Nacional do Ministério Público, "O Ministério Público como fator de Redução de Conflitos e Construção da Paz Social", e ao tema da área criminal, "Justiça Penal e Pacificação", ao abordar importante questão envolvendo a execução da pena após a transação penal, intimamente ligada à redução de conflitos e à construção da paz social. Trata-se de tese aprovada no VIII Congresso Estadual do Ministério Público de Minas Gerais, realizado em junho de 2008 em Diamantina.

1 Partes envolvidas na transação penal

A transação penal, instituto criado no Brasil pelo artigo 98, I, da CF, e pela Lei 9.099/95, somente pode ser proposta pelo Ministério Público, através de seu órgão de execução (artigo 76, *caput*).

A aceitação cabe ao autor do fato, indivíduo maior (a Lei não se aplica a menores) e obviamente capaz, por ser necessária sua concordância além da de seu defensor (artigo 76, § 3º).

Os envolvidos, destarte, não são desprovidos de discernimento. A parte mais frágil nesse aspecto certamente é o próprio autor do fato, na quase totalidade dos casos leigo em Direito, mas a presença do defensor é exigida exatamente para informar, sanar suas dúvidas e oferecer-lhe segurança quanto à decisão a ser tomada.

2 As opções do autor do fato

O autor do fato, ao receber a proposta de transação penal, somente a aceitará caso, ouvido o defensor, conclua que esta constitui a melhor opção diante das demais: submeter-se ao processo até final julgamento (artigos 77 e seguintes da Lei 9.099/95) ou à suspensão deste pelo prazo mínimo de dois anos (art. 89).

A escolha do autor do fato é pessoal e subjetiva. Ninguém, incluindo o próprio agente, pode ter certeza da condenação ou da absolvição. Trata-se, portanto, de uma estratégia que a Lei lhe dá, sempre ressaltando-se que se está diante de infrações de menor potencial ofensivo. As conseqüências da escolha não são tão graves quanto seriam se a decisão fosse possível para crimes sujeitos a penas de prisão elevadas. Pretendendo o agente, porém, submeter-se a procedimento análogo ao previsto para crimes graves, basta fazer a opção pelo início e continuidade do processo, o que poderá levar à instrução e ao julgamento. Frise-se ainda que o indigitado autor do fato, ao aceitar a pena, tem conhecimento de sua exata extensão, não estando sujeito a surpresas.

3 A rejeição à efetividade da transação penal

Embora tenha havido progressos, nota-se que há ainda uma sensível rejeição à transação penal como forma de encerramento do processo e ao natural início da fase de execução penal, preferindo parte dos aplicadores da Lei o emprego de solução híbrida, em flagrante desrespeito aos ditames legais, o que resulta em injusto benefício ao autor do fato.

O já alterado Enunciado 14 do Fórum Permanente dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Brasil, aprovado em maio de 2001 em Belo Horizonte, defendia que a falta de homologação da transação penal, não obstante a existência de proposta feita pelo Ministério Público e a aceitação do autor do fato, possibilitava a propositura da ação penal em caso de descumprimento da pena acordada. A redação era a seguinte:

> *Enunciado 14 - É incabível o oferecimento de denúncia após sentença homologatória de transação penal, podendo constar da proposta que a sua homologação fica condicionada ao cumprimento do avençado.*

Propunha-se, com o Enunciado 14, que os Juízes, a pedido do Ministério Público e do autor do fato, mantivessem a transação penal sem decisão sobre sua aceitação, podendo o Magistrado deixar para fazê-lo após o cumprimento ou não da proposta aceita. Não havendo o cumprimento, deixava o Juiz de acolher a proposta, o que permitiria o oferecimento de denúncia.

A orientação foi substituída no XIII Encontro - Campo Grande-MS, ocorrido em 11 de junho de 2003, pelo Enunciado 57, assim redigido:

> *Enunciado 57 – A transação penal será homologada de imediato e poderá conter cláusula de que, não cumprida, o procedimento penal prosseguirá.*

Naquela ocasião os Juízes perceberam que a decisão não poderia permanecer sobrestada; porém, não promoveram alteração na equivocada estratégia de permitir a posterior apresentação de denúncia em caso de descumprimento da pena.

Nova alteração se deu no XIX Encontro Nacional de Coordenadores de Juizados Especiais no Brasil, realizado em Aracaju-SE, de 31 de maio a 02 de junho de 2006, passando a ser adotado a partir de então o Enunciado 79, mantido no XXII Encontro, que teve lugar em Manaus-AM, de 24 a 26 de outubro de 2007. A redação passou a ser a seguinte:

> *Enunciado 79 - É incabível o oferecimento de denúncia após sentença homologatória de transação penal em que não haja cláusula resolutiva expressa, podendo constar da proposta que a sua homologação fica condicionada ao prévio cumprimento do avençado. O descumprimento, no caso de não homologação, poderá ensejar o prosseguimento do feito.*

Voltou-se a permitir a suspensão da decisão. Segundo o enunciado, pode o Juiz deixar para acolher a transação penal somente após o cumprimento da obrigação pelo autor do fato, possibilitando o início de ação penal em caso de descumprimento.

Pretendem os Coordenadores de Juizados Especiais, dessa forma, permitir a opção, no momento da transação penal, entre o cabimento de execução imediata e a necessidade de oferecimento de denúncia caso a pena não seja cumprida, mesmo tendo havido aceitação pelo autor da infração.

3.1 Descumprimento após o acolhimento

Já houve posicionamentos até mesmo no sentido de que deveria o Promotor de Justiça oferecer denúncia se o autor do fato, *homologada* a transação penal (melhor seria *acolhida*), não cumpria a pena acordada. Vejamos no mesmo sentido a seguinte decisão do STF:

> *A transformação automática da pena restritiva de direitos, decorrente de transação, em privativa do exercício da liberdade discrepa da garantia constitucional do devido processo legal. Impõe-se, uma vez descumprido o termo de transação, a declaração de insubsistência deste último, retornando-se ao estado anterior, dando-se oportunidade ao Ministério Público de vir a requerer a instauração de inquérito ou propor a ação penal, ofertando denúncia* (STF, HC 79572-GO, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 29/02/2000, DJ 22.02.2002, p. 34).

O entendimento era isolado, pois a imensa maioria sempre considerou que, acolhida a transação penal, cabe apenas, em caso de descumprimento, a execução da pena. Esse é ainda o entendimento do STJ, como na decisão que se segue:

> *Não se apresentando o infrator para prestar serviços à comunidade, como pactuado na transação (art. 76, da Lei nº 9.099/95), cabe ao MP a execução da pena imposta, devendo prosseguir perante o Juízo competente, nos termos do art. 86 daquele diploma legal* (REsp 203583 SP 1999/0011483-3)

As dificuldades surgiram quando uma corrente passou a duvidar da eficácia da decisão que acolhe a transação penal e a questionar a legalidade da conversão da pena restritiva de direitos injustificadamente descumprida em pena de prisão, e decidiu inovar, criando a homologação posterior, possibilitando, com a estratégia, o oferecimento de denúncia e o início da ação penal, pois não havia decisão coercitiva proferida, não obstante acreditasse o autor do fato que havia uma pena a cumprir.

Diante desse quadro, há que se analisar o adiamento da decisão, que vem sendo saudado como sábia alternativa à rejeitada eficácia da transação penal.

3.2 Descumprimento após o adiamento da decisão sobre o acolhimento

De acordo com os mais básicos princípios processuais penais, deverá o Juiz, se decidir não acolher, fazê-lo de forma explícita, expondo seus motivos. Mostram-se injustas as soluções apresentadas nos mencionados Enunciados do Fórum Permanente dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Brasil, ao não proporcionarem segurança jurídica às partes.

A seguir o que preconiza a espinha dorsal dos mencionados enunciados, poderá o autor do fato mudar de ideia e não cumprir o que acordou, aguardando a denúncia; e o Promotor de Justiça, por alguma falha no cumprimento da pena pelo autor do fato, poderá apresentar uma petição afirmando que, como não houve acolhimento, pretende a aplicação de punição diversa, isso se não oferecer denúncia. Possíveis ainda os casos em que a pena, cumprida apenas parcialmente, não tem o restante executado, sendo oferecida denúncia; nessa hipótese, poderá ter sido cumprida uma parte de uma pena diferente da que será imposta. Pode ocorrer também que, tendo cumprido parte da pena, o autor do fato seja denunciado e absolvido ao final. E não se pode olvidar que a disposição do autor de aceitar a transação penal poderá, após o descumprimento, influenciar o espírito do Julgador.

Conclui-se, portanto, que o Juiz deve decidir se acata ou não a proposta feita pelo Ministério Público e aceita pelo autor do fato, sem cláusulas resolutivas, seguindo o processo o seu rumo, com o trânsito em julgado da decisão ou oferecimento de recurso.

A estratégia de deixar de homologar, embora encampando o acordo, além de trazer insegurança, não encontra precedente no mundo jurídico. O autor do fato deve estar ciente de que a proposta teve ou não a concordância do Poder Judiciário, cujo representante preside a audiência. Ocorrendo o acolhimento da transação pelo Juiz, o agente passa a ter o compromisso de cumprir determinada pena, com todas as conseqüências que podem advir da decisão por ele livremente tomada. Ademais, não há diferença, além da primariedade, entre uma pena acordada e uma pena

imposta, pois ambas podem ser executadas, por terem sustentação legal. Merece ser extirpado da prática forense, destarte, o arranjo segundo o qual o infrator aceita a transação penal sabendo que poderá legalmente descumprir a pena.

Ressalte-se que não tendo havido homologação das vontades não há que se falar em acordo a ser cumprido. Não se pode cobrar do autor do fato o cumprimento de obrigação sem valor jurídico, sem conseqüência, como conversão em prisão ou execução da dívida, no caso de multa. Agride, enfim, a comunidade jurídica a afirmação de que alguém sai de uma audiência com uma pena definida por ele e pelo Promotor de Justiça para a infração cometida, aparentemente aceita pelo Juiz, que não está necessariamente obrigado a cumprir, cabendo a ele a opção entre fazê-lo ou, mantendo-se inerte, aguardar o início da ação penal.

A mencionada estratégia de homologar um acordo somente após o seu cumprimento se configura um instituto novo, fruto exclusivamente da incredulidade na Lei.

Vejamos a clareza da jurisprudência em sentido contrário a esse novel instituto, em decisão do TASP:

> *É inadmissível exigir-se do autor da infração o cumprimento da sanção, aplicada nos termos do art. 76 da Lei nº 9.099/95, antes do trânsito em julgado da decisão homologatória, pois admitir, ou mesmo imaginar o contrário, equivaleria ao absurdo de se propor a satisfação da pena antes mesmo de sua imposição* (Apelação nº 1.169.021/5, 7ª Câmara do TACrim/SP, Rel. Souza Nery. j. 09.12.1999)

Acrescente-se que a Lei 9.099/95, em seu artigo 76, em nenhum momento determina que o Juiz "homologará" a proposta do Ministério Público. Vê-se, somente, no parágrafo 4º, que "*acolhendo* a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa..." Ou seja, não há que se falar em "homologação", mas em "acolhimento da proposta do Ministério Público aceita pelo autor", o que deverá ser objeto de decisão logo após a aceitação da proposta ministerial pelo autor do fato.

Evidencie-se que a decisão impõe uma *sanção*, nos dizeres do § 6º do art. 76 da Lei 9.0099/95, que surge com o acolhimento da proposta aceita pelo autor do fato.

3.3 A decisão do juiz é proferida através de sentença

A decisão do Juiz é dada através de sentença, da qual cabe apelação (art. 76, § 5º). O Magistrado, diante da proposta aceita, deverá decidir se a acolhe ou não, sujeitando sua decisão ao recurso de apelação. Acolhendo a proposta, o Juiz "aplicará a pena restritiva de direitos ou multa" (art. 76, § 4º). Transitada em julgado, estar-se-á diante de uma sentença a ser cumprida, com pena aplicada. O autor do fato e o Promotor de Justiça, ao apresentarem ao Juiz a proposta aceita, conferem ao magistrado o poder de aplicar a pena acordada, desistindo ambos do direito de buscarem outra decisão, como a aplicação de pena mais severa, mais branda ou mesmo a absolvição, cabendo ao Juiz unicamente o poder de alterar a pena transacionada para reduzi-la até a metade na hipótese de ser a pena de multa a única aplicável (art. 76, § 1º) ou de não acolher a proposta (art. 76, § 4º).

3.4 O princípio do devido processo legal

O artigo 76 da Lei 9.099/95, quando veio a lume, foi saudado como um dos maiores progressos daquela época, ao trazer para o mundo jurídico brasileiro um instituto análogo ao que há muito é amplamente aplicado nos Estados Unidos da América com sucesso (*plea guilty, plea bargaining*), além de Inglaterra, Holanda e outros países. Aplicável no Brasil, porém, somente às infrações de menor potencial ofensivo, a pena, aqui, em nenhuma hipótese fica a critério do Juiz após a aceitação do autor do fato de a ela submeter-se. A garantia dada pela legislação brasileira àquele que renuncia ao direito de defesa não permite que a ele seja reservada nenhuma surpresa, à exceção da possível redução da pena de multa (art. 76, § 1º).

Não se trata de imposição; ao contrário, a transação penal consiste em benefício, a ser concedido apenas aos dele merecedores; a pena a ser cumprida é restritiva de direitos ou multa, é previamente conhecida pelo autor do fato e não há anotação de antecedentes criminais (artigo 76, *caput* e § 6º).

3.4.1 O devido processo legal na Constituição Federal

A Constituição Federal consagra o princípio do devido processo legal, aplicando-o aos processos civil e penal, ao dispor, no inciso LIV do artigo 5º, que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". Sabe-se, também, o quanto os bens materiais são importantes para o indivíduo e sua família, em razão dos sacrifícios que podem ter sido feitos para adquiri-los e das consequências da privação destes. Ninguém, porém, em sã consciência, nega a efetividade de um acordo celebrado na audiência inaugural de um processo civil em que uma das partes se compromete a pagar determinada quantia ou a entregar parte substancial de seus bens,

em pagamento, por exemplo, de uma indenização. Caso não ocorra o pagamento combinado, não há que se falar em inaplicabilidade do acordo porque não houve o "devido processo legal". Simplesmente passa-se à execução. Não se questiona a qualidade do advogado do devedor ou o estado emocional deste último quando foi feito o acordo nem o fato de não ter havido perícia ou oitiva de testemunhas. Penhora-se um bem e providencia-se a hasta pública. Com a liberdade, em infrações penais de menor potencial ofensivo, não pode ser diferente, porque assim não prevê a Constituição. A garantia é a mesma e está no mesmo inciso do mesmo artigo. Assim, nos poucos casos criminais em que a Constituição e a legislação infraconstitucional permitem a transação penal, é cabível o mesmo princípio aplicável aos bens. E a Carta Magna prevê, em seu artigo 98, inciso I, a transação penal. Frise-se: a transação penal tem previsão constitucional.

3.4.2 A transação penal oferece mais garantias que o devido processo legal

A garantia dada ao autor do fato através da transação penal é superior àquela concedida pelo devido processo legal. Os intérpretes mais conservadores do Direito podem considerar a afirmativa uma heresia, mas é necessário que se faça uma análise do tema sem paixões e sem apego a dogmas. No devido processo legal, não obstante sua aura de instrumento garantidor de segurança, não está afastada a possibilidade de falhas. As limitações do processo penal são amplamente conhecidas. Ninguém em sã consciência nega a existência de condenações e absolvições equivocadas por erro da Justiça ou deficiência da acusação ou da defesa. A transação penal, ao contrário, dá ao agente a certeza do limite da pena, que jamais será superior ao *quantum* definido entre ele, seu Defensor e o Ministério Público. Ademais, o que é muito importante, a pena acordada é sempre restritiva de direitos ou multa; o autor do fato não se sujeita diretamente a uma pena de prisão, que somente poderá ser-lhe imposta em caso de descumprimento injustificado da pena convencionada, nos termos do Código Penal e da Lei de Execução Penal.

Fala-se em possível pressão exercida sobre o autor do fato pelo Promotor de Justiça no momento da transação penal, o que a tornaria dotada de menos garantias que o devido processo legal. A pressão, ao contrário, é feita pelos próprios fatos, dos quais o agente é conhecedor, narrados no TCO. Ninguém é levado a aceitar espontaneamente uma sanção penal estando ciente da própria inocência; se o faz, o que não se descarta, a opção faz parte de uma estratégia da defesa, sabedora de que a Justiça é limitada e que as informações contidas no TCO, somadas ao que virá durante a instrução processual, podem conduzir a uma condenação a pena mais grave. A defesa, nesse difícil momento, pode considerar que o devido processo legal oferece garantia menor, orientando a escolha pela certeza em lugar da dúvida.

Há de ser considerada ainda a possibilidade de conservação da primariedade, de extrema importância para indivíduos que cometem uma infração penal isolada e jamais pretendem voltar a delinqüir.

Por essas e outras razões exige a Lei a presença do defensor durante todo o procedimento; cabe a esse profissional, no exercício de suas elevadas atribuições, expor ao apontado autor do fato as escolhas de que este dispõe.

Deve ficar claro que não se está aqui defendendo julgamentos de exceção ou a aplicação de pena de prisão sem oportunidade de defesa. A prisão, após a transação penal, é imposta somente ao indivíduo que aceita livremente a pena restritiva de direitos, abdicando do processo, por parecer-lhe a melhor alternativa, e não a cumpre. Ocorre que, definida a pena, passa-se inexoravelmente a sua aplicação, nos termos da Lei de Execução Penal e do Código Penal, o que inclui a possibilidade de conversão em prisão, sob pena de inocuidade da sanção.

3.4.3 O anômalo poder discricionário do autor do fato

Cite-se, a respeito, por lealdade, a opinião contrária de Guilherme de Souza Nucci, que também discorda do adiamento da decisão sobre a homologação da transação penal, considerando-o equivocado e abusivo, mas alinha-se com os que rejeitam a efetividade do artigo 76 da Lei 9.099/95, resignando-se ao descumprimento da pena restritiva de direitos acordada e não vislumbrando alternativa à submissão da Justiça à desobediência do agente. O processualista entende que a conversão em prisão "seria uma punição severa aplicada sem o devido processo legal". E se rende, aceitando o inexorável sepultamento do artigo 76: "nada há a fazer. Resta aguardar a prescrição da penalidade imposta e não cumprida" (Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, Revista dos Tribunais, 2006, págs. 76 e 77). A solução, ousa-se aqui lembrar, está na observação das determinações contidas no Código Penal e na Lei de Execução Penal, que têm previsão legal para os casos de descumprimento das penas previstas em toda a legislação penal, quando necessária sua aplicação subsidiária.

O afastamento da efetividade da decisão que acolhe a pena aceita pelo autor do fato, lamentavelmente, joga por terra a maior novidade trazida pela Lei 9.099/95, transformando a transação penal em mero registro de manifestação de vontade e concedendo ao agente uma espécie de poder discricionário, ao permitir-lhe cumprir a pena somente se quiser, no exercício do direito unilateral de alterar o acordo solenemente celebrado, mantendo rigorosamente sujeitos a este somente o Poder Judiciário e o Ministério Público.

3.5 O desprestígio voluntário da Justiça

Os próprios Juizados Especiais, as Turmas Recursais e os Tribunais, com a aplicação da decisão híbrida, tímida e contrária aos claros ditames legais, que despreza a novidade trazida pela Lei 9.099/95, vêm sistematicamente trazendo um amargo desprestígio para a Justiça, causado pelo descumprimento da pena constante na ata da audiência assinada pelo Juiz, pelo Promotor de Justiça, pelo autor do fato e por seu defensor.

A estratégia que vem sendo adotada e se pacificando fere de morte o artigo 76 da Lei 9.099/95 e deixa frustrada grande parte das autoridades do Ministério Público e do Poder Judiciário, ao serem estas impedidas de dar início ao cumprimento da pena após o descumprimento não justificado da pena restritiva de direitos, através da conversão em prisão, em razão de não ter sido a decisão plenamente proferida, mas exarada com cunho provisório, deixando a critério do autor do fato os rumos a seguir logo após o ato. A situação criada chega a ser pueril, ao forçar os responsáveis pela aplicação da Lei a iniciar todo um procedimento para buscar uma decisão após a primeira ter sido considerada inócua por ter sido elaborada em desacordo com a Lei.

4 O artigo 76 da lei 9.099/95: aplique-se ou revogue-se

O artigo 76 da Lei 9.099/95 há de ser aplicado ou não; a estratégia de simular a obrigatoriedade de cumprimento de uma pena transacionada, que o autor do fato na verdade não está obrigado a cumprir, por não haver qualquer sanção para a desobediência, deve ser eliminada do universo jurídico. O dispositivo legal, nos moldes em que foi concebido, deve ser integralmente aplicado ou, caso considerado inconstitucional, ignorado pelos aplicadores da Lei, que, nesse caso, deverão suprimir a transação penal, passando imediatamente após a chegada do Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO) para a fase seguinte, ou seja, apresentação ou não de denúncia. Se a transação penal não tem respaldo legal, que se dê um basta, então, à odiosa simulação de sanção que vem sendo utilizada.

A respeito da constitucionalidade, Maurício Antônio Ribeiro Lopes há muito já se manifestava, comparando os sistemas brasileiro e alemão:

> *O procedimento nacional traz um debate prévio e informal entre o Ministério Público e a defesa (técnica e pessoal). Pode o Promotor de Justiça entrevistar-se com a vítima para dela colher impressões sobre a infração e o comportamento do agente. Ouve o infrator, a ele propõe e dele e de sua defesa ouve a aceitação da proposta de aplicação de pena que não pode ser a privativa de liberdade. Depois disso, ainda sujeita-se à homologação judicial da transação realizada. Parece-me que se trata de um sistema bastante garantidor e sob controle jurisdicional. Não vislumbro nesse aspecto nenhuma espécie de inconstitucionalidade* (Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, RT, 1995, págs. 346 e 347).

Frise-se que o anteprojeto da lei 9.099/95, editada em atendimento ao artigo 98, inciso I, da Constituição Federal, foi amplamente debatido por juristas de renome, o que dá maior segurança ao seu aplicador no momento da execução.

Não se pode deixar de ressaltar que há uma corrente que segue o sedutor argumento segundo o qual é benéfico o extralegal adiamento por ser este responsável pela eliminação de um elevado número de feitos, com o cumprimento da pena pelo autor do fato. Esse número, porém, só tende a crescer diante da efetiva possibilidade de conversão em prisão. E os casos restantes, em número menor, não passarão a depender de ação penal, mas meramente do prosseguimento ou início da execução penal.

5 Observações sobre a conversão em pena de prisão

Vele lembrar que ao contrário do que podem afirmar alguns apaixonados defensores da solução híbrida, a conversão da pena acordada em prisão não é feita de forma aleatória, mas de acordo com o Código Penal e a Lei de Execução Penal, estando sujeita a recurso, obviamente.

A execução da pena restritiva de direitos, conforme o artigo 147 da Lei 7.210/84, tem início após o trânsito em julgado da sentença que a aplica. O art. 86 da Lei 9.099/95 determina que "a execução das penas privativas de liberdade e restritivas de direitos, ou de multa cumulada com estas, será processada perante o órgão competente, nos termos da lei". A Lei não distingue entre penas acordadas em transação penal e aplicadas pelo Juiz ou Turma Recursal após a instrução. Dando sustentação, o artigo 181 da LEP determina que "a pena restritiva de direitos será convertida em privativa de liberdade nas hipóteses e na forma do art. 45 e seus incisos do Código Penal (atual art. 44, § 4º)". E o mesmo art. 181, em seus §§ 1º a 3º, enumera as hipóteses de conversão das penas de prestação de serviços à comunidade, de limitação de fim de semana e de interdição temporária de direitos.

Para se obter de forma justa o tempo de prisão, basta fazer de forma inversa o cálculo aplicável às conversões concedidas em decisões de mérito, conforme os artigos 46 a 48 do Código Penal, lembrando que a pena de multa, caso tenha sido a única aplicada, não poderá ser transformada em prisão por força do art. 51 do CP.

A pena obtida após a conversão, seguindo-se as regras legais, como se vê, jamais consistirá uma surpresa para o autor do fato, que poderá e deverá ser previamente orientado por seu Defensor quanto às conseqüências do descumprimento injustificado da pena restritiva de direitos.

5.1 A oportunidade para justificativa

A conversão em pena de prisão pode ser determinada nos casos de impossibilidade de intimação ou desatendimento ao edital, falta de comparecimento *injustificado* ao local onde deveria ser prestado serviço, recusa *injustificada* à prestação de serviço imposto, prática de falta grave, condenação por outro crime à pena privativa de liberdade, não suspensa, falta de atendimento às obrigações contidas na pena de limitação de fim de semana ou exercício de direito interditado, também *injustificadamente*. O direito de defesa, como se vê, é sagrado, não estando prevista qualquer hipótese de conversão sem oportunidade de justificativa. A prisão, *in casu*, não é a regra; é a exceção, aplicável apenas aos que recusam insistentemente todas as oportunidades de verem-se livres dela.

6 A questão da prescrição

A decisão que acolhe a proposta ministerial aceita pelo autor do fato encerra uma fase processual. O possível autor do delito abdica do direito de se defender em troca de uma pena por ele aceita e da possibilidade de conservação de seu prontuário criminal livre de antecedentes, diante da inexistência de condenação, e o Juiz, acolhendo a proposta, aplica a pena restritiva de direitos ou multa. Há, portanto, uma sanção aplicada a ser cumprida. O parágrafo 5º, que disciplina o eventual recurso a ser interposto, classifica a decisão de sentença. Não há mais que se falar em cognição nem em sentença de mérito. A decisão que aplica a pena, destarte, é análoga àquela que decide o processo após a instrução e julgamento. Acolhida a proposta e imposta a sanção, resta somente a execução, nada mais. Passa-se, em seguida, a outra fase, em que não cabe discutir o mérito nem a pena aplicada. Trata-se da execução da pena.

O início da execução, de acordo com o artigo 117, inciso V, do Código Penal, interrompe o curso da prescrição. Necessário, porém, o acréscimo de outro instituto em complemento ao citado artigo 117, para que a decisão que aplica a pena aceita pelo autor da infração não venha a se tornar inócua pela prescrição após eventual procrastinação do início da execução, o que já vem se tornando comum atualmente, com o crescimento da demanda dos Juizados Especiais Criminais. A prescrição, segundo o Código Penal, se inicia na forma do artigo 111 do CP, com a autoria do fato. O mesmo Código, porém, incluindo as infrações da competência do Juizado Especial Criminal, prevê, no artigo 117, a interrupção da prescrição pelo recebimento da denúncia ou queixa (inciso I), inexistente em caso de transação penal; pela sentença condenatória recorrível (inciso IV), também inexistente; e pelo início ou continuação do cumprimento da pena (inciso V). Não há previsão de interrupção da prescrição pela decisão que acolhe a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração e aplica a pena restritiva de direitos ou multa (art. 76, § 4º, da Lei 9.099/95).

Assim, se o autor do fato se furta ao cumprimento da pena por longo período, utilizando-se da inegável morosidade da Justiça e de conhecidos artifícios para a obtenção de tal adiamento, não será difícil a ocorrência da prescrição, tendo em vista que com o aumento da demanda nos Juizados são necessários em várias comarcas longos meses até que aconteça a transação penal e outro extenso período até o conhecimento do descumprimento da pena, que se somarão a prolongadas intimações com a finalidade de se iniciar efetivamente a execução da pena restritiva de direitos. Tratando-se de fato em que a prescrição se dá com dois anos, às vezes com redução para um ano, chega-se facilmente à prescrição antes do início do cumprimento da pena, o que já é uma realidade.

A sugestão, para evitar a impunidade, é a busca do acréscimo do § 7º ao artigo 76 da Lei 9.099/95, por iniciativa do Ministério Público, através da CONAMP, com a seguinte redação: *a sentença que acolhe a proposta prevista no parágrafo 4º interrompe o curso da prescrição.*

Conclusões

1 – A Lei 9.099/95 não impede a conversão em prisão das penas restritivas de direitos aplicadas após o acolhimento pelo juiz da proposta ministerial aceita pelo autor do fato nem exige que seja descartada a pena aplicada após a transação penal e iniciada uma ação penal pela denúncia com a finalidade de se obter uma pena exeqüível, o que jogaria por terra o artigo 76 da Lei do Juizado Especial Criminal, que não ofende o princípio do devido processo legal;

2 – A decisão judicial sobre a proposta do Ministério Público aceita pelo autor do fato deverá explicitar se acolhe ou não a transação penal apresentada, sem cláusula resolutiva, aplicando, na primeira hipótese, a pena restritiva de direitos ou multa, sujeitando-se a eventual recurso de apelação;

3 – Considerando que a decisão que acolhe a proposta ministerial aceita pelo autor do fato encerra uma fase processual, sujeitando-se a recurso de apelação e substituindo a fase cognitiva e a sentença de mérito, passando-se à execução da pena, o que a torna análoga à decisão de mérito, deverá ser remetida moção à CONAMP para análise da possibilidade de iniciativa de lei para que seja acrescentado o § 7º ao artigo 76 da Lei 9.099/95, com a seguinte redação: *a sentença que acolhe a proposta prevista no parágrafo 4º interrompe o curso da prescrição.*

063

MORALIDADE ADMINISTRATIVA, ÉTICA EMPRESARIAL E A NECESSÁRIA REVISÃO LEGISLATIVA DOS CRIMES DA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini*

Promotor de Justiça/PR

1 – Introdução e justificativa

A licitação constitui importante princípio de Direito Administrativo,[1] permitindo a realização e a concretização dos princípios da moralidade administrativa e da isonomia.[2] Encontra-se previsto no art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal.

Esse princípio obriga a Administração Pública, em todos os níveis, quando tiver a pretensão de realizar um negócio jurídico, a oferecer o contrato a qualquer pessoa que preencha as condições objetivas de habilitação, dispensando tratamento isonômico aos interessados, para com isso proporcionar concorrência econômica real entre os fornecedores, de modo a obter o melhor negócio para a Administração Pública.

Trata-se de um procedimento fundamental, pois é por intermédio dele que os negócios da Administração Pública são realizados e os cofres públicos abertos legitimamente para o pagamento dos fornecedores. Na realidade, a licitação é um instituto de dúplice natureza, pois ao mesmo tempo em que se constitui em uma categoria do Direito, estudada pelo Direito Administrativo, é um mecanismo econômico essencial para os negócios da Administração Pública. Negar o caráter econômico da licitação,[3] com reflexos sensíveis no patrimônio de empresas e do Estado, é negar a própria realidade.

Como instituto jurídico procedimentaliza e formaliza a atuação administrativa, para que o Estado celebre regularmente o contrato administrativo e obtenha o objeto necessário para o atendimento do interesse público, da finalidade pública,[4] estimulando, do lado das empresas concorrentes, práticas empresariais marcadas pela ética e pela legalidade. Como categoria econômica visa a eficiência e a economicidade, na busca do melhor negócio possível para a Administração Pública, consistente no melhor bem ou serviço pelo menor preço de mercado.

Diante da elevada importância do procedimento licitatório, especialmente no plano econômico, é sabido de todos que rotineiramente tal instituto é objeto de transgressões, de fraudes, normalmente de elevadíssima repercussão econômica, em detrimento do erário, nas mais diversas formas possíveis, como é o caso do superfaturamento na compra de bens e serviços, do subfaturamento nas situações envolvendo a alienação de bens públicos, de dispensa indevida de licitação, do direcionamento dos resultados a determinadas pessoas e empresas, de conluios entre empresas fornecedores com o objetivo de elevar preços, do conluio entre agentes públicos e particulares para o enriquecimento ilícito recíproco *etc.*

Apesar de toda essa gama de comportamentos ilícitos, altamente prejudiciais ao interesse público, com graves prejuízos para o erário, para o patrimônio público, para a sociedade e para os contribuintes que abastecem

---

* Promotor de Justiça Substituto de 2º Grau do Ministério Público do Estado do Paraná, é Doutor em Direito do Estado pela UFPR, Professor de Direito Administrativo da FEMPAR e Professor dos Cursos de Graduação e Mestrado da Faculdade de Direito de Curitiba (UNICURITIBA).

[1] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo,** 13ª edição. São Paulo: Atlas, 2001, p. 294.

[2] Bertoncini, Mateus. **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 247-248.

[3] JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos,** 9ª edição. São Paulo: Editora Dialética, 2002, p. 70.

[4] MELLO, Celso Antônio de. **Curso de Direito Administrativo**, 12ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 77.

os cofres com o dinheiro dos impostos, não se tem, a nosso ver, o conseqüente e proporcional sancionamento dos infratores da Lei de Licitações, no que se refere à responsabilidade criminal dos agentes e particulares envolvidos.

As penas são extremamente brandas, e, em todos os casos, somente de detenção, o que impede, por exemplo, o cumprimento da sanção penal em regime fechado, conforme o art. 33, *caput*, do Código Penal, a prisão cautelar dos envolvidos, consoante vedação constante do art. 313, inc. I, do Código de Processo Penal, e a adoção de instrumentos eficazes de investigação, como a interceptação telefônica, vedada nos casos de crimes apenados com detenção, concordante ao estabelecido no art. 2º, inc. III, da Lei 9.296/1996.[5]

Ignorando a gravidade e a lesividade das condutas ilegais contra a higidez das licitações, com amplos prejuízos para a coletividade, os tipos penais da Lei 8.666/1993, além de punidos somente com detenção, o são com penas tão baixas, que invariavelmente se alguém for condenado receberá todos os benefícios possíveis da lei penal, como o regime aberto, a substituição de pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, a suspensão do processo, entre outros.

Por incrível que possa parecer, o delito cometido contra o patrimônio individual, como é o caso do roubo, é punido com muito mais severidade que o ataque contra o patrimônio público, numa inversão de valores que transgride o princípio da supremacia do interesse público relativamente ao interesse privado, pois valora e protege o interesse privado de forma superior ao interesse público, punindo o crime comum com muito mais gravidade do que o crime praticado contra o patrimônio público.

Na comparação ente os tipos do Código Penal e os tipos da Lei 8.666/1993, vê-se que o roubo de um aparelho de telefone celular mediante grave ameaça, bem jurídico que não chega a valer R$ 1.000,00, é punido com sanção mais grave (reclusão) e por tempo superior (de 4 a 10 anos), que o superfaturamento milionário de uma licitação de medicamentos ou merenda escolar, punido com pena de detenção de 2 a 4 anos, apesar dos enormes prejuízos patrimonial e social que um ilícito dessa ordem é capaz de causar à sociedade.

Não bastassem serem as suas sanções inanes, alcançáveis facilmente pela prescrição, reforçando a impunidade desses crimes contra o patrimônio público, há um verdadeiro descompasso entre os tipos penais da Lei de Licitações e a realidade desse instituto em face dos sujeitos passíveis de cometê-los. Em outras palavras, a pessoa jurídica não é alcançada, em nenhum caso, pelos tipos da Lei 8.666/1993, o que exige reformulação imediata, para o fim de se prever nesse diploma os crimes cometidos por pessoas jurídicas, tal qual já ocorre em nosso Direito com os crimes ambientais, previstos na Lei 9.605/1998.

Embora não se desconheça que a cultura de improbidade administrativa não será enfrentada e resolvida com a simples reforma da lei penal, não se pode negar, por outro lado, que a evidente ausência de efetividade das sanções penais previstas para os tipos penais dos arts. 89 a 98, da Lei 8.666/1993, geram efeito inverso, estimulando a corrupção e a própria prática das infrações que prevê. Com efeito, a pergunta que deve ser feita é a seguinte: se fraudar a Lei de Licitações, corrompendo o procedimento respectivo, é garantia de sucesso quanto à certeza dos resultados, com o baixíssimo risco de punição para os agentes e particulares, por que então cumprir-se a Lei, correndo o significativo risco de insucesso econômico?

A reposta é evidente: diante do caráter não repressivo da lei penal especial, que, concretamente, não inibe o agente de praticar a infração, diante da inaptidão punitiva de suas sanções de "faz de contas", e porque não alcança a pessoa jurídica, usada para cometer a fraude em seu nome e benefício, a resultante dessa lógica perversa não poderia ser outra, senão a manutenção da histórica corrupção administrativa, a violação consistente da moralidade administrativa, o estímulo a práticas empresariais descompromissadas com a ética e o direito, e a sucessão de escândalos de corrupção envolvendo administradores, políticos e empresas, que um dia poderá levar a sociedade brasileira a uma verdadeira crise de governabilidade.

Na tentativa de reversão desse difícil quadro, são necessárias mudanças ingentes na Lei de Licitações.

2 – Proposições e desenvolvimento

Nessa perspectiva, para se fomentar a paz social por intermédio da Justiça penal, urge que o Ministério Público brasileiro envide esforços no sentido de sugerir ao Congresso Nacional reformas no capítulo atinente aos crimes da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, para o fim de:

1º - alterar o tipo de pena privativa de liberdade aplicável à maioria dos tipos penais especiais da Lei de Licitações, que, a nosso ver, deve ser de reclusão;

2º - elevar a quantidade de pena aplicável, de modo que os detratores do instituto da licitação, cuja ação é marcada por grande lesividade à sociedade e ao patrimônio público, não se sirvam desde logo dos benefícios da lei penal;

---

[5] Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:
I - *omissis*;
II - *omissis*;
III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

3° - alterar o regime de cumprimento de pena para esses crimes especiais, que obrigatoriamente há de ser o inicialmente fechado;

4° - punir a pessoa jurídica usada na fraude e beneficiária econômica da infração, sem prejuízo da punição de seus dirigentes envolvidos no crime.

2.1 – A punição da pessoa jurídica

Nas disposições gerais do Capítulo IV da Lei 8.666/1993, que trata das sanções e da tutela judicial, definindo, por exemplo, quem é considerado servidor público para os fins legais, pensamos serem necessários dois novos artigos, o 84-A e o 84-B, para definir a pessoa jurídica como sujeito passivo dos tipos penais da Lei de Licitações e as sanções correspondentes, mudanças autorizadas pelo art. 173, § 5°, da CF.

Com efeito, os delitos da Lei 8.666 atentam flagrantemente contra o princípio constitucional da livre concorrência, e, portanto, contra a livre iniciativa e a própria ordem econômica brasileira, porquanto as empresas privadas compromissadas com a ética e a legalidade não podem concorrer em pé de igualdade com empresas que adotam práticas corruptas para vencer os procedimentos licitatórios, o que deve ser impedido.

Eis a nossa proposta para superar tal distorção:

> **Art. 84-A. As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.**
>
> **§ 1°. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.**
>
> **§ 2°. Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados ao patrimônio público.**

As sanções aplicáveis à pessoa jurídica, consoante a sua natureza, seriam as seguintes:

> **Art. 84-B. As penas aplicáveis isolada, cumulativa ou alternativamente às pessoas jurídicas, são:**
>
> **I - multa;**
>
> **II - restritivas de direitos;**
>
> **III – liquidação forçada.**
>
> **§ 1°. As penas restritivas de direitos da pessoa jurídica são:**
>
> **I - suspensão integral de atividades, de 3 (três) meses a 1 (um) ano;**
>
> **II - proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações, pelo período de 3 (três) anos.**
>
> **§ 2°. A pessoa jurídica constituída ou utilizada, preponderantemente, com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime definido nesta Lei, se reincidente, terá decretada sua liquidação forçada, seu patrimônio será considerado instrumento do crime e como tal perdido em favor do Fundo Penitenciário Nacional.**
>
> **§ 3° O produto da arrecadação da multa reverterá, conforme o caso, à Fazenda Federal, Distrital, Estadual ou Municipal.**

2.2 – A alteração da modalidade de pena privativa de liberdade e de seu *quantum*

Considerada a pessoa jurídica para fins penais, são necessárias mudanças relacionadas ao tipo de pena privativa de liberdade e de sua quantidade, para se assegurar a coercitividade da lei penal, inibindo a prática desses crimes e punindo-os, se cometidos, com o rigor proporcional à sua lesividade. A pena de reclusão deve ser a regra, o que permitirá maior efetividade da lei penal e da lei processual penal, posto que a mudança autorizará as prisões cautelares e a interceptação telefônica, como mecanismos importantes de preservação da ordem pública, da eficiência nas investigações e da certeza do Direito, contra a corrupção e o fim da impunidade na esfera pública e privada.

Na coluna esquerda, tem-se a atual redação e na coluna da direita a nossa proposição de alteração legislativa.

(...)

Redação atual	Proposta de nova redação
Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade: Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa. Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.	Art. 89. (...). *Pena – reclusão de 3 (três) a 5 (cinco) anos e multa, em se tratando de agente público ou particular envolvido, e de multa e penas restritivas de direitos, no caso da pessoa jurídica.* *§ 1º. As penas serão aumentadas da metade, se a dispensa ou a inexigibilidade ilícita, com o fim de obtenção de vantagem material, ocorrer em caso em que seria obrigatória a adoção da concorrência.* *§ 2º. A pessoa jurídica ou aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público, respondem pelo crime.*

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

O § 2º visa alcançar os beneficiários do delito, pessoas físicas e jurídicas.

Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação: Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.	Art. 90. (...). *Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos e multa, em se tratando de agente público ou particular envolvido, e de multa e penas restritivas de direitos, no caso da pessoa jurídica.* *§ 1º. As penas serão aumentadas da metade, se ocorrer em procedimento licitatório em que se deva adotar a concorrência.* *§ 2º. Nas mesmas penas incorre a pessoa jurídica ou aquele que, tendo concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da quebra do caráter competitivo do procedimento licitatório.*

O tipo do art. 90 da Lei 8.666/1993, é, certamente, o mais grave dos delitos da Lei especial. Essa é a razão da substituição da detenção para a reclusão e da elevação do *quantum* da pena.

As justificativas dos §§ 1º e 2º são as mesmas apresentadas no art. 89.

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

O art. 91 cuida de uma forma especial de tráfico de influência, que visa a obtenção da vantagem ilegal a qualquer preço, dando causa à instauração do procedimento licitatório ou à celebração do contrato. A gravidade da conduta deve ser proporcional à das sanções aplicáveis, proporcionalidade ausente neste e nos outros tipos penais sob comento.

Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994) Pena - detenção, de dois a quatro anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994) Parágrafo único. Incide na mesma pena o contratado que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, obtém vantagem indevida ou se beneficia, injustamente, das modificações ou prorrogações contratuais.	Art. 92. (...). *Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa.* *Parágrafo único. Incide na mesma pena o contratado que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, obtém vantagem indevida ou se beneficia, injustamente, das modificações ou prorrogações contratuais. Em se tratando de pessoa jurídica, aplicar-se-ão multa e penas restritivas de direitos, sem prejuízo da devolução integral das vantagens financeiras percebidas indevidamente.* (...)

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

Todos esses estratagemas são ilegais e lesivos ao patrimônio público e à sociedade, sendo proporcional as alterações relacionadas à pena, bem como a inclusão da pessoa jurídica.

Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente: I - elevando arbitrariamente os preços; II - vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada; III - entregando uma mercadoria por outra; IV - alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida; V - tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato: Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.	Art. 96. (...). *Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos e multa, em se tratando de agente público ou particular envolvido, e de multa e penas restritivas de direitos, no caso da pessoa jurídica.* *§ 1º. A pena será aumentada da metade, se as mencionadas condutas ocorrerem em procedimento licitatório em que se adotou a concorrência.* *§ 2º. Incide nas mesmas penas aquele que fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para a alienação de bem ou direito integrante do patrimônio da administração pública direta ou indireta, adquirindo-o por preço inferior ao de mercado.* *§ 3º. Nas mesmas penas incide o agente público que, de qualquer modo, por ação ou omissão, participe da fraude.*

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

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

Art. 97. Admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. Parágrafo único. Incide na mesma pena aquele que, declarado inidôneo, venha a licitar ou a contratar com a Administração.	*Art. 97. Admitir à licitação empresa ou profissional declarado inidôneo:* *Pena – reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa* *§ 1º. Celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo:* *Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.* *§ 2º. Incide na mesma pena aquele que, declarado inidôneo, venha a licitar ou a contratar com a Administração. Em se tratando de pessoa jurídica, aplicar-se-ão multa e penas restritivas de direitos, sem prejuízo da devolução integral das vantagens financeiras percebidas indevidamente.* ...

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

Art. 99. A pena de multa cominada nos arts. 89 a 98 desta Lei consiste no pagamento de quantia fixada na sentença e calculada em índices percentuais, cuja base corresponderá ao valor da vantagem efetivamente obtida ou potencialmente auferível pelo agente. § 1º Os índices a que se refere este artigo não poderão ser inferiores a 2% (dois por cento), nem superiores a 5% (cinco por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com dispensa ou inexigibilidade de licitação. § 2º O produto da arrecadação da multa reverterá, conforme o caso, à Fazenda Federal, Distrital, Estadual ou Municipal.	Art. 99. (...). *§ 1º Os índices a que se refere este artigo não poderão ser inferiores a 50% (cinqüenta por cento), nem superiores a 200% (duzentos por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com dispensa ou inexigibilidade de licitação, ou potencialmente auferível pelo agente público, particular ou pessoa jurídica.* § 2º (...).

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

2.3 – Regime de cumprimento de pena

Por fim, no que se refere ao regime de cumprimento de pena, faz-se necessário o agravamento dessas condições, mediante as seguintes novas regras, baseadas em sua hediondez (art. 5º, XLIII, CF):

> **Art. 99-A. A pena por crime previsto nesta Lei será cumprida em regime inicialmente fechado.**
> **§ 1º. A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos nesta Lei, dar-se-á após o cumprimento de 1/3 (um terço) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente.**
> **§ 2º. Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.**
> **§ 3º. A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei no 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos nesta Lei, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.**
> **§ 4º. Os crimes previstos nesta Lei são insuscetíveis de anistia, graça, indulto, fiança e liberdade provisória.**

A superação do dito popular de que só os pobres vão para a cadeia, é medida imprescindível para que o Estado brasileiro trilhe o caminho do desenvolvimento e da paz social, por intermédio da lei penal. É preciso que as lesões ao patrimônio público, que as fraudes realizadas no processo licitatório, que a corrupção presente nesses procedimentos, represente efetiva punição para os seus detratores, cuja pena, se não servir para recuperá-los, ao menos se prestará a desempenhar o seu papel retributivo, ausente nos chamados crimes do colarinho branco. Se o ladrão do patrimônio privado cumpre pena em nossos presídios, pela mesma ordem de motivos – aliás, com mais razão ainda –, o ladrão do patrimônio público também deve cumpri-la, até porque o seu comportamento criminoso lesa um número muito maior de pessoas, atentando contra a cidadania, e, em alguns casos, contra a própria dignidade humana, com a supressão de direitos fundamentais a serem concretizados pela função administrativa,[6] posto que os recursos desviados nas licitações fraudulentas deixam de financiar serviços públicos essenciais para o atendimento do cidadão e da coletividade.

3 – Fundamentos jurídicos

O fim da impunidade e o combate à corrupção são projetos que precisam ser levados a sério neste século XXI, para que o Brasil, de fato, se transforme em um efetivo Estado Democrático de Direito (art. 1º, da Constituição Federal), na senda de "construir uma sociedade livre, justa e solidária" (art. 3º, inc. I, da Constituição Federal), promovendo o "bem de todos" (art. 3º, inc. IV, da Constituição Federal).

As alterações propostas visam, também, dar vazão à principiologia do Direito Administrativo brasileiro, em especial aos princípios da legalidade, publicidade, impessoalidade, moralidade e eficiência, previstos no art. 37, *caput*, enorme avanço da Constituição de 1988, sem precedentes na nossa história constitucional.[7]

Enfrentar a corrupção e a cultura de improbidade administrativa, "tão arraigada na cultura popular brasileira",[8] exige instrumentos adequados para tanto, pois a corrupção, problema global, é algo inato ao homem, encontrando-se relatada continuamente no curso da história da humanidade. O seu controle é fundamental, para que os malefícios produzidos por ela não cheguem a desestruturar a própria sociedade, solapando o Estado de Direito.[9] O alerta a respeito desses males, consta do preâmbulo da Convenção Interamericana Contra a Corrupção, firmada e ratificada pelo Brasil por meio do Decreto Federal 4.410, de 07-10-2002, cuja transcrição se apresenta oportuna nesse instante:

> *OS ESTADOS MEMBROS DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS,*
> *CONVENCIDOS de que a corrupção solapa a legitimidade das instituições públicas e atenta contra a sociedade, a ordem moral e a justiça, bem como contra o desenvolvimento integral dos povos;*
> *CONSIDERANDO que a democracia representativa, condição indispensável para a estabilidade, a paz e o desenvolvimento da região, exige, por sua própria natureza, o combate a toda forma de corrupção no exercício das funções públicas e aos atos de corrupção especificamente vinculados a seu exercício;*
> *PERSUADIDOS de que o combate à corrupção reforça as instituições democráticas e evita distorções na economia, vícios na gestão pública e deterioração da moral social;*
> *RECONHECENDO que, muitas vezes, a corrupção é um dos instrumentos de que se serve o crime organizado para concretizar os seus fins;*
> *CONVENCIDOS da importância de gerar entre a população dos países da região uma consciência em relação à existência e à gravidade desse problema e da necessidade de reforçar a participação da sociedade civil na prevenção e na luta contra a corrupção;*
> *RECONHECENDO que a corrupção, em alguns casos, se reveste de transcendência internacional, o que exige por parte dos Estados uma ação coordenada para combatê-la eficazmente;*
> *CONVENCIDOS da necessidade de adotar o quanto antes um instrumento internacional que promova e facilite a cooperação internacional para combater a corrupção e, de modo especial, para tomar as medidas adequadas contra as pessoas que cometam atos de corrupção no exercício das funções públicas ou especificamente vinculados a esse exercício, bem como a respeito dos bens que sejam fruto desses atos;*
> *PROFUNDAMENTE PREOCUPADOS com os vínculos cada vez mais estreitos entre a corrupção e as receitas do tráfico ilícito de entorpecentes, que ameaçam e corroem as atividades comerciais e financeiras legítimas e a sociedade, em todos os níveis;*

---

[6] JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Saraiva, 2005, p. 29.
[7] BERTONCINI, **Princípios de Direito Administrativo Brasileiro,** p. 86.
[8] MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade Administrativa.** São Paulo: Editora Saraiva, 2001, p. 1-10.
[9] BERTONCINI, Mateus. **Ato de Improbidade Administrativa: 15 anos da Lei 8.429/1992.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 37.

> *TENDO PRESENTE que, para combater a corrupção, é responsabilidade dos Estados erradicar a impunidade e que a cooperação entre eles é necessária para que sua ação neste campo seja efetiva; e*
> *DECIDIDOS a envidar todos os esforços para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção no exercício das funções públicas e nos atos de corrupção especificamente vinculados a seu exercício,*
> *CONVIERAM em assinar a seguinte*
> *CONVENÇÃO INTERAMERICANA CONTRA A CORRUPÇÃO*

Em suma, não combater a corrupção significa, segundo o novel Direito interno representado pela citada Convenção, minar a legitimidade das instituições públicas, atentar contra a sociedade e o seu desenvolvimento integral, violar a ordem moral, a justiça e o direito e arruinar as bases necessárias para o desenvolvimento das democracias representativas.[10] No mesmo sentido, temos a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, assinada pelo Brasil, aprovada pelo Congresso Nacional e promulgada entre nós pelo Decreto nº 5.687, de 31-01-2006.

Embora não se desconheça a função social do sistema penal, é necessário para que se altere esse estado de coisas, essa execrável ambiência de corrupção, que haja uma resposta efetiva, não tolerante com esse tipo de crime, posto que o que está em risco é a sociedade como um todo, que não mais pode contar com um Direito Penal inane relativamente às nossas elites, maiores beneficiárias das fraudes nas licitações.

Como ensinam Zaffaroni e Pierangeli:

> Em síntese, o sistema penal cumpre *uma função substancialmente simbólica* perante os marginalizados ou os próprios setores hegemônicos (contestadores e conformistas). A sustentação da estrutura do poder social através da via punitiva é fundamentalmente *simbólica.*[11]

O Direito Penal necessita voltar-se contra os fraudadores e beneficiários da corrupção advinda das fraudes perpetradas nas licitações, para garantir-se a legitimidade das instituições públicas, a ordem moral, a ética empresarial, a justiça e o direito, enfim, o próprio Estado Democrático de Direito, que nós brasileiros demoramos quase 500 anos para construir. Para que o Direito Penal da Lei 8.666/1993 desempenhe simbolicamente esse papel, necessárias são as reformas propostas.

A Constituição de 1988 assegura as modificações referidas no corpo do trabalho, para reconhecer a hediondez dos crimes contra o instituto da licitação (art. 5º, inc. XLIII), agravando proporcionalmente as condições de cumprimento de pena e para alcançar a pessoa jurídica usada na prática dessas infrações, tal qual autorizado pelo art. 173, § 5º, uma vez que esses delitos também são cometidos contra a ordem constitucional econômica (constituição econômica), atentando contra o princípio da livre concorrência.

Ademais, é importante que o Poder Legislativo brasileiro cumpra com os compromissos internacionais firmados pelo Brasil na Convenção Interamericana Contra a Corrupção e na Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, promovendo e fortalecendo o desenvolvimento dos mecanismos necessários para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção.

Para se punir e erradicar a corrupção – dever do Estado –, para se cumprir com os desideratos constitucionais, urgentes são as reformas da lei penal especial relativamente às fraudes contra o processo licitatório. Desse modo, igualmente, se estará reforçando o respeito ao próprio princípio constitucional da licitação, preceito que concretiza a moralidade administrativa e a isonomia.

4 – Conclusões

Visando o desenvolvimento da Justiça penal e a pacificação, propomos as seguintes mudanças relativamente aos delitos previstos na Lei de Licitações e Contratos Administrativos:

1ª – alterar o tipo de pena privativa de liberdade aplicável à maioria dos tipos penais especiais da Lei de Licitações (arts. 89, 90, 91, 92, 96 e 97), que, a nosso ver, deve ser de reclusão;

2ª – instituir a punição da pessoa jurídica utilizada para a prática desses delitos;

3ª – elevar a quantidade de pena aplicável a esses tipos penais, em respeito ao princípio da proporcionalidade, de modo que os detratores do instituto da licitação, cuja ação é marcada por grande lesividade à sociedade, ao patrimônio público e à ordem econômica, sejam efetivamente sancionados;

4ª – agravar o regime inicial de cumprimento de pena para os autores dos crimes da Lei 8.666/1993.

---

[10] BERTONCINI. **Ato de Improbidade Administrativa: 15 anos da Lei 8429/1992**, p. 38.

[11] ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral,** 5ª ed.rev. e atual. São Paulo: 2004, p. 76-78.

Bibliografia

BERTONCINI, Mateus. **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

___. **Ato de Improbidade Administrativa: 15 anos da Lei 8.429/1992.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo,** 13ª edição. São Paulo: Atlas, 2001.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos,** 9ª edição. São Paulo: Editora Dialética, 2002.

___. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Saraiva, 2005.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade Administrativa.** São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

MELLO, Celso Antônio de. **Curso de Direito Administrativo**, 12ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral,** 5ª ed.rev. e atual. São Paulo: 2004.

065

O *TRIBUNAL POPULAR* COMO MEIO PARA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Augusto Eduardo de Souza Rossini*

Promotor de Justiça/SP

A Promotoria do Júri de Santo Amaro, por seus integrantes, a despeito de suas atividades tradicionais que consistem em trabalhar em todas as fases dos procedimentos[1] que apuram os crimes dolosos contra a vida ocorridos na região sul da Capital do Estado de São Paulo[2], vem tentando buscar caminhos para contribuir para a redução dos índices de tais delitos.

Inconformados com a lamentável constatação de que, a despeito de todo o trabalho realizado durante a fase processual, inclusive com a condenação dos autores dos fatos criminosos, os prejuízos causados ficavam sempre muito longe de ser reparados. Isso porque a irreversível perda da vida humana jamais poderá ser satisfatoriamente recompensada. Além disso, famílias acabam sendo desestruturadas, testemunhas muitas vezes perdem a sua tranqüilidade, por conta do medo, agravando ainda mais o quadro. Por fim, nota-se que, na verdade, o resultado do processo serve também para revelar que muitos atores falharam em sua atuação, dentre eles, a família, a comunidade, a escola e o Estado.

Assim, impelidos pelo norte que a Constituição Federal indica no capítulo pertinente ao Ministério Público, especificamente no que diz respeito àquelas funções voltadas à manutenção do Estado Democrático, certo que a proteção da vida humana se insere neste contexto, os componentes da Promotoria passaram a discutir sobre alternativas que tivessem foco na *prevenção ao crime*.

Como já havia contato com algumas lideranças dos movimentos sociais da região, foi providenciada mais uma aproximação, de forma institucional, e alguns projetos foram implantados[3],dentre eles, o *Tribunal Popular*.

A construção desta nova ferramenta foi feita a partir de inúmeras reuniões realizadas na sede da Paróquia dos Santos Mártires do Jardim Ângela, onde acontece mensalmente o encontro de diversas lideranças sociais, que integram o Fórum em Defesa da Vida[4].

Nessas reuniões, então, a Promotoria de Justiça apresentou a experiência do Tribunal do Júri, surgindo a idéia de adaptá-lo para um evento em que a comunidade e o Poder Público fossem instados a discutir a questão da violência, sobre diferentes enfoques. Decidiu-se que toda a carga simbólica de um julgamento real seria transferida e usada naquilo que se denominou, em consenso, como *Tribunal Popular*.

Como a questão da violência é por demais abrangente, resolveu-se que o enfoque seria Segurança Pública e a Saúde. O primeiro com o objetivo de buscar alternativas para o aumento do policiamento na região, o segundo visando a construção de um hospital[5].

Os demais assuntos poderiam ser objeto de outros Tribunais Populares.

---

* Promotor de Justiça no Estado de São Paulo, Coordenador do Centro de Apoio Operacional Criminal.

1 Desde a recepção do inquérito policial até a atuação em Julgamentos em Plenário.

2 São da competência do III Tribunal do Júri da Capital os feitos referentes aos crimes dolosos contra a vida ocorridos nas áreas dos seguintes Distritos Policiais: 11º, 25º, 47º, 48º, 85º, 92º, 100º, 101º e 102º.

3 Criação do Grupo Organizado de Valorização da Vida (GOVV); Curso de Orientadores Jurídicos Populares, em parceria com o MPD (Movimento do Ministério Público Democrático) e CDHEP (Centro de Direitos Humanos e de Educação Popular); Rede de Serviços de Atendimento à Pessoa em Situação de Violência Doméstica e Sexual; a Mediação, para resolução de casos pontuais entre algumas comunidades e os poderes públicos; e outros

4 ONG que agrega diversas organizações não governamentais da Zona Sul de SP. Surgiu em 1995 como desdobramento da Primeira Caminhada Pela Vida e Pela Paz, ato simbólico no dia de finados daquele ano, que levou multidões das várias partes dos bairros do Jardim Ângela e do Capão Redondo em direção ao maior cemitério da região, Cemitério do Jardim São Luiz, no afã de chamar a atenção para os altos índices de homicídios naquela época, certo que nos anos subsequentes as caminhadas se repetiram. Nasceu, então, o Fórum em Defesa da Vida e contra a Violência do Jardim Ângela, que se estabeleceu como espaço democrático de discussões, manifestações e tomadas de decisões.

5 O hospital mais próximo ficava a uma distância que se levava, algumas vezes, mais de 1h para socorrer alguém.

Desta forma, após praticamente um ano de preparação, com profundas discussões acerca do formato do evento, bem como dos participantes, ficou estabelecido que o *Tribunal Popular* ocorreria num sábado, num espaço amplo no bairro do Jardim Ângela. Decidiu-se, ainda, que seria presidido por um Juiz de Direito e contaria com a atuação de um Promotor de Justiça, funcionando como órgão acusador. Do outro lado estaria o Estado, representado pela Secretaria de Segurança e pela Secretaria de Saúde.

Assim, no dia 27 de abril de 2002, às 8h30, nas dependências da Paróquia dos Santos Mártires, no bairro do Jardim Ângela, foi instalado o *Primeiro Tribunal Popular* da Zona Sul de SP[6], que contou com a participação de mais de 500 pessoas.

Após a instalação dos trabalhos, alguns moradores da região puderam se manifestar, como uma Tribuna Livre, o que foi utilizado com produção de prova.

Na seqüência, ocorreram os debates. Primeiro a Promotoria expôs as necessidades e dificuldades da Segurança Pública e da Saúde na região do Jardim Ângela, depois os demais tiveram a oportunidade de lançar seus pontos de vista e apresentar defesa, dando ao evento o perfeito contraditório.

Alerte-se que durante toda a organização dos trabalhos, as referidas Secretarias tiveram ciência do rito e do que seus representantes lá fariam, evitando-se desconfortável surpresa no momento.

Houve réplica e tréplica. Após a manifestação do último representante do Poder Público, Secretaria da Saúde, o presidente dos trabalhos propôs pequena pausa, porquanto percebeu que durante os debates muita coisa poderia ser construída, pois algumas propostas concretas foram efetivamente apresentadas. Foi, então, lavrado um *Termo de Ajustamento de Conduta*, assinado por todos. Em tal documento, a Secretaria Municipal de Saúde se comprometia a empreender esforços para a construção do Hospital na Região e a Secretaria Estadual da Segurança Pública assumiu o compromisso de reforçar a segurança local.

A despeito de algumas divergências, após importante intervenção de um dos grandes lideres dos movimentos sociais da Zona Sul, o Pe. Jaime Crowe, houve decisão por aclamação dos presentes, que aprovaram por maioria expressiva as propostas, e o *Termo de Ajustamento* foi homologado.

Acrescente-se que houve o cuidado de convidar os principais órgãos de imprensa para o evento, de modo que as decisões e compromissos ali assumidos ficaram registrados também pela grande mídia, o que em muito facilitaria futuras cobranças.

Assim, muito pouco tempo após a realização do *Tribunal Popular* do Jardim Ângela, teve início a construção do Hospital do M'Boi Mirim e um novo Batalhão da Polícia Militar foi instalado na região, além da construção de novas bases comunitárias e unidades básicas de saúde.

O *Tribunal Popular* contribuiu para que luzes fossem jogadas sobre os temas inicialmente escolhidos pela Comunidade e assim os problemas cruciais tiveram efetivo encaminhamento para a solução.

Após tal experiência, já repetida em outros locais, possível é a construção de uma sistematização.

Neste sentido, inicialmente, vale lembrar que muitos símbolos já estão presentes no imaginário popular, como hinos, bandeiras, rezas, músicas, cores etc., e o *júri popular*, sendo um deles, também naturalmente desperta a atenção das pessoas.

O Júri é uma instituição conhecida. Na Bíblia o encontramos na narrativa do julgamento do Cristo Jesus, em Matheus 27, Lucas 23, Marcos 15, João 19.

Na Mídia são freqüentes as notícias sobre julgamentos famosos, inclusive inspirando cineastas em suas obras.

Entre nós, o Tribunal do Júri é uma garantia constitucional, inserida no art. 5°, inciso XXXVIII, da CF.

Desta forma, mais do que justificado utilizar sua estrutura como ferramenta para qualificar o debate e possibilitar profundas discussões acerca de grandes temas comunitários.

Ao ser objeto de discussão popular, dentro de um rito pré-estabelecido, em contraditório, com protagonistas emblemáticos etc., a importância da questão se revela, qualificando-a e legitimando-a. O próprio povo é quem trata diretamente do problema, prescindindo de seus mandatários ou representantes 'legais'.

Outro aspecto a ser considerado é que, dependendo de como os trabalhos são organizados, do nível de decisão de seus protagonistas e da forma como as 'amarras' são estabelecidas, muitas medidas de impacto podem ser tomadas, rapidamente, senão imediatamente.

Para concluir, cabe anotar alguns cuidados que devem ser tomados para o melhor êxito deste importante instrumento:

- Conscientização da população: muitas vezes a própria comunidade não tem consciência de um problema patente, por desconhecimento, desinteresse ou qualquer outra razão. O Tribunal Popular funciona como um alerta àqueles que não se apropriaram ainda da demanda e das suas possíveis soluções. Assim, na

[6] O Tribunal Popular foi presidido por Urbano Ruiz, Desembargador do Tribunal de Justiça de SP, então presidente da Associação dos Juízes pela Democracia-AJD. Na acusação atuou Ivandil Dantas da Silva, Promotor de Justiça do III Tribunal do Júri da Capital. A Secretaria de Segurança foi representada por Pierre de Freitas, coordenar dos Conselhos Estaduais de Segurança-CONSEGs. A Secretaria de Saúde foi representada por Eduardo Jorge, Secretário Municipal e Deputado Federal; e por Aparecida Teruko. Yamada.

preparação do evento é importante envolver a comunidade em torno do tema. Acrescente-se que todos aqueles atores da grande rede comunitária que organizará o *Tribunal Popular* ganham visibilidade e com isto a comunidade tem consciência do que é uma rede, como funciona e de sua fundamental importância no avanço das lutas populares.

- A escolha do *Tribunal Popular* como forma de manifestação deve ser eleita pela comunidade, haja vista que, como é sabido, existem outras formas de mobilização, também com aspectos positivos. O certo é que a opção de comum acordo é ingrediente fundamental para o êxito do evento.
- É preciso verificar se o assunto a ser tratado já está maduro o suficiente para ser discutido num *Tribunal Popular* a fim de que não se gaste energia com um assunto ainda não totalmente preparado para o embate, em prejuízo de outro que já apresenta condições para tanto.
- O local para instalação deve ser adequado, observando-se as facilidades de transporte, alimentação e, principalmente, a "neutralidade" do lugar, capaz de acolher as mais diferentes ideologias. Tudo isto deve ser pensado, pois qualquer falha neste sentido pode afetar a legitimidade do resultado.
- Os protagonistas devem ser bem selecionados para que os seus papéis sejam desempenhados à altura do evento. É preciso observar o poder de decisão daqueles que deverão assumir compromissos e solucionar problemas. Com efeito, é muito comum que a pessoa que efetivamente detenha o poder de decidir acerca daquela demanda – em outras palavras 'dê solução à questão', se faça representar por um subordinado, que somente encaminhará para o chefe o que lhe foi dito. Seria a indesejada 'burocratização'. Daí a necessidade de a organização dos trabalhos colher o compromisso da presença do protagonista fundamental, alertando-o das conseqüências de sua ausência, ante a expectativa que será criada. Isto também permite que tal pessoa estude previamente a questão, obtenha seus dados e eventualmente já antecipe a solução, que será apresentada também de forma qualificada perante o *Tribunal Popular*.
- Outra preocupação que se deve ter diz respeito ao uso político do *Tribunal Popular*, ou seja, como palanque de "maus políticos". Mais uma necessidade de criteriosa escolha de seus protagonistas.
- É importante que sejam estabelecidos os critérios pertinentes ao rito, como a oitiva de pessoas, a leitura de documentos, os momentos das falas etc., tudo para que todas as garantias processuais sejam também asseguradas antes e durante os trabalhos, pois a despeito de se tratar de representantes dos Poderes Públicos, trata-se de princípios constitucionais irrenunciáveis em qualquer nível.
- A forma de decisão também se insere neste ponto, pois é preciso saber previamente se a assembléia votará ou se apenas um corpo de jurados será escolhido; se haverá impugnações de ambas as partes etc., tudo para que futuramente não se alegue vícios.
- Também é importante saber se os trabalhos podem ou não ser filmados e gravados; de que maneira eles serão documentados (ata, relatório etc.), tudo para legítimo uso futuro.
- Deve-se tomar o cuidado de realizar a avaliação e o acompanhamento dos resultados de tudo o que foi decidido no *Tribunal Popular* e, fundamentalmente, sua correlação com esta importante e inovadora forma de manifestação popular.

Postas todas estas premissas, acredita-se que uso do *Tribunal Popular* é importante ferramenta para que a comunidade possa se manifestar e ver seus legítimos anseios e demandas alcançados, funcionando o Ministério Público como agente facilitador para que ocorra o sucesso do evento.

071

NA PRISÃO, A REMIÇÃO POR ESTUDO – UM PASSO ADIANTE

Marcellus de Albuquerque Ugiette*

Promotor de Justiça/PE

Neste modesto trabalho, me permito comentar sobre um tema bastante debatido ultimamente, a questão da educação no sistema prisional, com o foco no estudo e a consequente remição.

Tratar da reinserção social do reeducando – custodiado –, sem dúvida é assunto para inúmeras contendas. Para uns a ressocialização não existe e nem existirá, para outros é possível a luz das prescrições da Lei de Execução Penal e seus objetivos.

Para aqueles mais céticos, as condições das unidades prisionais e o próprio perfil do custodiado, na grande maioria dos casos não lhes permite a ressocialização ou a socialização. Em parte concordo com tais estudiosos ou filósofos, especialmente quando aludem de que a precária situação do cárcere não contribui em nada para o retorno saudável do preso à sociedade, e, de forma continua e permanente não há consonância da filosofia adotada nas gestões das secretarias que administram o sistema prisional e o contexto retributivo, educativo e futurista da Lei 7210/84.

Na minha ótica, o grande norte da LEP é o futuro, sendo uma legislação que, além de executar a reprimenda destinada ao infrator, receita um tratamento que nos remete a evidência futurista da reinserção social.

Nesse diapasão, não se pode olvidar de que os princípios norteadores da execução penal são: princípio da legalidade, princípio da igualdade, da personalização ou da individualização da pena, princípio da jurisdicionalidade, princípio reeducativo, princípio do devido processo legal e princípio da humanização das penas.

É fácil a constatação de que a execução da pena deve primar pela observância do mandamento da sentença condenatória, e, acima de tudo, buscar com a igualdade de tratamento, com a individualização da pena, com a reeducação do indivíduo, e, no conforto da Constituição Federal, com a humanização das penas aplicadas e sua execução.

Nestes quase 10 anos nas Promotorias de Justiça atuantes junto às varas de execução penal, posso atestar de que não há outra saída, senão aquela de elevar a educação como ponto principal, primeiro e fundamental para a ressocialização, ou socialização ou, a pretendida reintegração social do custodiado. Como diria Dra. Édla Soares, e em apoio ao Dr. Marco Aurélio, a educação como eixo central no processo de ressocialização.

A rigor, a educação se encontra grifada no Capítulo II – Da Assistência -, seção I, a partir do art. 10/11 da Lei de Execução Penal, precisamente no § único, inciso IV do art. 11, da Lei 7210/84. Abaixo transcrevo o art. 10 da LEP, vejamos:

> "Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.
> Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso.
> Art. 11. A assistência será:
> I - material;
> II - à saúde;
> III -jurídica;
> IV - educacional;
> V - social;
> VI - religiosa."

* Promotor de Justiça Criminal da Capital, atuante junto às Varas de Execuções Penais do Estado de Pernambuco. Especialista em Ciências Jurídicas e Criminais. Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal.

Talvez pelo fato de se encontrar como "mera" assistência, a educação não venha sendo tratada como fator importante e preponderante para a sonhada reinserção social do apenado ou do preso do sistema penitenciário/PE.

Nessa análise, enfatizo também que, o exemplo do sistema prisional de Pernambuco, além dos motivos acima delineados, motiva ainda mais a certeza da importância da educação – do estudo – como aliado na construção de uma nova filosofia de tratamento do custodiado.

Apesar de ser um direito subjetivo do segregado, gizado pela LEP **"como um dever social e condição de dignidade humana – art. 28 da Lei 7210/84"**, é certo que o trabalho do preso ou para o preso não tem sido garantido e implementado no sistema prisional. Obrigatório para os condenados e facultativo para os presos provisórios – arts. 31 e § único da LEP -, em todo o Brasil e, em especial em Pernambuco, temos apenas cerca de 8 a 12% - em média – praticando atividade laborativa, estes entre nós chamados de concessionados (recebem pagamento do Estado para trabalharem nas unidades prisionais), e, mesmo assim, sem planejamento efetivo de capacitação ou educativo para possibilitar-lhes a reinserção social nos moldes que todos nós sonhamos. É claro que temos ações pontuais nesse sentido, aqui e ali, mas atingindo uma quantidade ínfima de segregados, como se tivéssemos a provocar privilégios.

O trabalho gera a remição ou a redução da pena – um dia de pena por 03 dias de trabalho, na forma disposta no art. 126, § único e seguintes da LEP, e deve ser remunerado – vide art. 29 da LEP -, e aí reside o grande problema. Pernambuco, a exemplo de outros Estados, não tem permitido o trabalho do preso que não seja concessionado, ou que faça parte de um ou outro programa Federal ou Estadual (aquele que recebe do Estado, no mínimo, 3/4 do salário mínimo) com o receio de ações trabalhistas posteriores. Para o juízo da 2ª VEP, tanto a minha pessoa, quanto o Dr. Cícero Bittencourt, temos aceitado e concedido remição pelo trabalho, mesmo que não remunerado, desde com a fiscalização, administração e apontamento do setor competente da unidade prisional, porém tem sido raro tal ocorrência, em face da clara proibição de não mais se permitir o labor sem que seja remunerado dentro das unidades prisionais do Estado ou dos Estados.

Claro que tal providência – até explicável -, limita ainda mais os horizontes para a questão da ressocialização. Projetos pequenos, mas úteis, como alguns do Ministério dos Esportes, inserem alguns outros reeducandos em atividade laborativa – confecções de bolas e outros -, porém não atingem a grande maioria dos presos em cada uma das penitenciárias, cadeias ou presídios.

Nos resta o estudo, a educação. Posso afirmar que, pelo menos de 30 a 40% dos aprisionados do Estado de Pernambuco não tiveram referência de escola ou de educação sistematizada, pública ou privada, e, portanto, resistem ao precário, mas importante estudo dentro das unidades carcerárias.

Com raríssimas exceções, temos entre 10 e 18% de aprisionados estudando no sistema prisional, é bem verdade que a muito custo, e a evasão escolar também é bastante alta, alguns iniciam e deixam de estudar rapidamente.

A bem da verdade, a educação no sistema prisional deve ser diferente daquela que se observa fora dos muros do cárcere, o paciente é diferente, as condições são diferentes, e o objetivo também é diferente, diria bem mais amplo e complexo. É de se perceber que, ao versar sobre o trabalho a LEP receita que terá ele finalidade educativa e produtiva, portanto, a educação no sistema prisional deve ter um contexto bem mais abrangente, em regra deve ter o tom de socializar, tornar cidadão aquele que nunca teve tal condição, além de possibilitá-lo ler e escrever, e encaminhá-lo para uma nova postura, convívio e possibilidades dentro da sociedade. Pernambuco tem como peculiaridade, o fato de que as escolas dentro das unidades prisionais são oficiais – estaduais ou municipais -, por vezes extensões de unidades educacionais próximas dos presídios ou penitenciárias, e, algumas poucas uma ou a própria escola oficial no interior da unidade carcerária. Sem dúvida isso ajuda, e, com um planejamento sistematizado, com uma outra filosofia de procedimento e ações e colocando a educação como ponto central num processo ressocializador, poderíamos ter resultados expressivos, inclusive diminuindo os altos índices de reincidência.

Tenho como de bom alvitre, e este é um sonho que acalento, que tivéssemos escolas nas penitenciárias, servindo não apenas para o estudo regular – comum -, mas também com condições de formar e transformar personalidades, com capacitação social e profissional para os alunos, com cursos e planejamentos que pudessem ocupar os 02 (dois) expedientes – manhã e tarde -, intensificando e aliando a escola comum com a escola profissionalizante, ou seja, que fosse uma escola especialmente inclusiva.

É evidente que também imagino o melhor para a escola que trabalha fora do cárcere, apenas me permiti a análise daquela especial que é direcionada aos custodiados. A rigor, o próprio modelo físico oficial adotado às unidades prisionais, não observa espaço suficiente e próprio para uma escola como deveria ser; são reservados 02 salas pequenas para serem destinadas como escola, e tudo isso atesta que a filosofia é tão somente de segregar. Olvidando-se dos preceitos futuristas da LEP e que o paciente, mais dia, menos dia, irá retornar ao convívio social.

Volvendo a questão básica do estudo, cuido de que a partir de 2001, por Portaria conjunta das 1ª e 2ª Varas de Execuções Penais, temos a concessão de remição por estudo, na base de 01 dia de redução ou remição por cada 20 horas/aulas, desde que devidamente atestada pela unidade escolar do presídio ou penitenciária.

Há inúmeros debates sobre a validade ou não de portarias versantes sobre o tema; a uma se discute que, não existindo dispositivo legal, não se poderia criar tal benefício ou direito por portaria, em outra vertente, em face da importância e do contexto do que seja atividade laborativa na essência trazida pela Lei 7.210/84, admitindo-se a

possibilidade, sim, de conceder-se a remição, mesmo pelo provimento trazido por uma portaria do juízo de execução penal.

Me filio a segunda corrente, entendendo que a inteligência e a interpretação da lei de execução penal, permite sim a remição por estudo, e, naquela oportunidade, para fincar posicionamento, era e foi importante a edição da Portaria, entre nós jamais contestada.

Ressalto, não se pode relevar que o estudo se constitui como garantia constitucional fundamental da pessoa, com fulcro no artigo 6º, caput, da C.F., através de sua redação ofertada pela E.C. Nº 26/2000, que prescreve: *"São direitos sociais a **educação**, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição."*

Portanto, não há dúvidas que o estudo é essencial na reeducação, aperfeiçoamento e ressocialização ou socialização do preso, seja apenado ou não, e este é o objetivo presente na sanção penal.

A meu ver, entendendo que a carga horária média e diária é de 04 horas/aulas, tenho por correto se firmar entendimento de que a remição por estudo seja no patamar de 01 dia para cada período de 12 horas/aulas,

no tempo mínimo de 03 dias. Apesar da controvérsia da doutrina e da jurisprudência, a Súmula 341 do STJ, definitivamente, fulminou qualquer dúvida a respeito do assunto, rezando:

> ***Súmula 341 do STJ - Remição pelo Estudo***
> *EMENTA: Direito Penal. Execução Penal. Súmula 341 do STJ. Remição pelo Estudo. Possibilidade.*
> *"A frequência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob regime fechado ou semi-aberto."*

Com relação ao texto da Lei de Execução Penal, verifico que ele não inclui expressamente a possibilidade de estudo. Ora, sendo o estudo um direito do preso, e ainda, considerando o objetivo maior da execução da pena, que é recuperar e reinserir o reeducando, e, portanto a ocupação do preso é um anseio de todos, reconhecer o direito à remição pelo estudo é fazer justiça.

É uma hipótese não prevista em lei, mas com dispositivo legal a um caso semelhante, que é a remição pelo trabalho (artigo 126 da citada Lei).

Para a concessão da remição de pena pelo estudo os juízos de execução se utilizam da analogia, isto é, a aplicação de norma que regula hipótese semelhante. O dispositivo legal está previsto no artigo 126 da Lei de Execução Penal, porém, como anunciado, o legislador não normatizou a questão da remição pelo estudo. A rigor, são situações que possuem pontos convergentes, são direitos dos presos e têm previsão no mesmo diploma

legal, e por se tratar de uma lacuna da LEP, podemos usar a analogia para estender sua aplicação aos casos que ela não regula – o que já ocorre, em alguns casos.

Sabe-se que a analogia não é admissível em matéria penal para criar delitos e destinar penas. No caso, trata-se de normas não incriminadoras, a posição majoritária dos doutrinadores é de que é permitido o procedimento analógico. Seria o reconhecimento da remição pelo estudo através da analogia "in bonam partem".

Entre outros doutrinadores, Jason Albergaria não admite outra forma de remição de pena a não ser aquela decorrente pelo trabalho realizado:

> *"... o cálculo dos dias remidos será feito com base nos dias efetivamente trabalhados, excetuando-se os sábados, domingos e feriados...". "... não se consideram como dias trabalhados os de frequência a escola, exceto se o interno lecionar em cursos como o mobral e o supletivo, e, nesse caso, desempenhar um trabalho como professor. O trabalho como professor difere da frequência às aulas como aluno."*

O objetivo da execução penal e obrigação do Estado é proporcionar ao condenado condições necessárias à integração social, e assim como o trabalho, a instrução comum ou profissionalizante tem finalidade educativa e reabilitadora, exercendo papel preponderante na reinserção social do condenado, pois pode prepará-lo para uma profissão. O desempenho de atividade física (trabalho) ou mental (educação) na prisão é direito-dever do condenado, tendo natureza pedagógica, e, quando tal esforço é fator de incentivo, evita a ociosidade e conflitos no convívio no cárcere.

A educação tem importância fundamental nos nossos dias, face a competitividade do mercado de trabalho, eis que sem ter concluído o primeiro grau, dificilmente alguém consegue emprego, e, não raro, condenados presos por anos saem da prisão sem o preparo necessário, e, portanto, possuem um futuro ainda mais incerto, ou diria certo e determinado – voltar a delinquir -.

Então, trabalhar interna ou externamente, frequentar a escola e concluir curso de instrução comum (ensino regular do primeiro ou segundo grau) ou profissionalizante, sob a direção e acompanhamento dos gestores prisionais, poderá proporcionar ao apenado a devida recompensa de redução da pena.

Alguns entendem que a remição pelo estudo, apenas deve ocorrer àqueles que também trabalharem. Vejo como um contrasenso, pois seria "privilegiar" duas vezes um só reeducando. Constato que todos os aprisionados deveriam estudar, e todos deveriam trabalhar. A realidade é outra.

Em Pernambuco, num contexto geral, temos entre 8 e 13% trabalhando como concessionados (esses recebem 75% do salário mínimo do Estado). Um outro dado importante é que, em nossas prisões, mais de 40% nunca possuíram referência de escola, estudo ou qualquer curso para aprendizagem.

Entendo me filiando a tantos outros, que a educação é o ponto ou eixo central para o início e o êxito de qualquer planejamento e ação que vise reintegrar ou reinserir qualquer apenado à sociedade.

É básico.

Para arrematar e fundamentar ainda mais a idéia que apresento, cito que, também por portaria, em Curitiba a Vara de Execução Penal também admite a redução de 01 dia para cada 18 horas/aula.

Assim, percebo que, majoritariamente, o debate sobre a remição pelo estudo tem pendido pela admissão da remição pelo estudo, incluindo o posicionamento jurisprudencial das cortes superiores, a exemplo do STJ que consagra a possibilidade a despeito das bem alinhavadas teorias contrárias.

Quase que pacificada a admissão e possibilidade de redução da pena pelo estudo, o maior debate instalado é quanto ao número de horas/aulas.

No dizer de Maria das Graças Morais Dias, remição:

> *"trata-se de um instituo completo, 'pois reeduca o delinqüente, prepara-o para a sua reincorporação à sociedade, proporcionalhe meios para reabilitar-se diante de si mesmo e da sociedade, disciplina sua vontade, favorece a sua família e, sobretudo, abrevia a condenação, condicionando esta ao próprio esforço do apenado'. (...) Pelo desempenho de atividade laborativa o preso resgata uma parte da sanção, diminuindo o tempo de sua duração."* (MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução Penal: Comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-84. São Paulo: Atlas, 1997, 8ªed., pp. 290/291).

Em análise de recurso versante sobre o tema estudo, vejamos:

> *"CRIMINAL. RESP. REMIÇÃO. FREQUÊNCIA EM AULAS DE ALFABETIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DO ART. 126 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. RECURSO DESPROVIDO.*
> *I. A Lei de Execuções Penais previu a remição como maneira de abreviar, pelo trabalho, parte do tempo da condenação.*
> *II. A interpretação extensiva ou analógica do vocábulo "trabalho", para abarcar também o estudo, longe de afrontar o caput do art. 126 da Lei de Execução Penal, lhe deu, antes, correta aplicação, considerando-se a necessidade de se ampliar, no presente caso, o sentido ou alcance da lei, uma vez que a atividade estudantil, tanto ou mais que a própria atividade laborativa, se adequa perfeitamente à finalidade do instituto.*
> *III. Sendo um dos objetivos da lei, ao instituir a remição, incentivar o bom comportamento do sentenciado e a sua readaptação ao convívio social, a interpretação extensiva se impõe in casu, se considerarmos que a educação formal é a mais eficaz forma de integração do indivíduo à sociedade.*
> *IV. Recurso desprovido."* (STJ, 5ª Turma, RESP 445942 / RS; Recurso Especial 2002/0084624-8, Relator Min Gilson Dipp, julgado em 10/06/2003, publicado no DJ em 25/08/2003, p. 00352).

Conforme Mirabete, tenho que deve se destacar a necessidade de o tempo escolar ser usado no cômputo dos dias remidos de punição, e o doutrinador comentou o seguinte:

> *"Propugna-se que a remição também seja concedida pelo tempo de frequência às aulas, com aproveitamento escolar, já tendo sido ela concedida, mesmo na omissão da lei."* (MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução Penal. São Paulo: Atlas, 11ª ed., revista e atualizada por FABRRINI, Renato N., 2004, p. 525.)

Vê-se claramente que a admissão é dominante e quase que pacífica, resta-nos encontrarmos o quantum justo de horas/aulas para a redução de 01 dia.

Me permito enfatizar, sem a pretensão de ser original, que ao operador do Direito, cabe questionar-se sobre a amplitude e intensidade do "vocábulo trabalho".

Poder-se-ia somar à discussão, o entendimento de Renato Flávio Marcão, que assim escreveu sobre o tema:

"Com efeito, a melhor interpretação que se deve dar à lei é aquela que mais favoreça a sociedade e o preso, e por aqui não é possível negar que a dedicação rotineira deste aprimoramento de sua cultura por meio do estudo contribui decisivamente para os destinos da execução, influenciando de forma positiva em sua (re)adaptação ao convívio social. Aliás, não raras vezes o estudo acarretará melhores e mais sensíveis efeitos no presente ou no futuro do preso, vale dizer, durante o período de encarceramento e quando da reinserção social, do que o trabalho propriamente dito, e a alegada taxatividade da lei não pode constituir óbices tais objetivos, notadamente diante da possibilidade de interpretação extensiva que se pode emprestar ao disposto no art. 126 da LEP.
Tanto quanto possível, em razão de seus inegáveis benefícios, o aprimoramento cultural por meio do estudo deve ser um objetivo a ser alcançado na execução penal, e um grande estímulo na busca de tal ideal é a possibilidade de remir a pena privativa de liberdade pelo estudo."

Ora, se o trabalho braçal é capaz de modificar os horizontes e possibilitar ao apenado uma mudança de vida, é mais certo ainda que a educação através do estudo, da formação educacional integrada, possibilita e oferta condições ainda mais concretas à reintegração social.

A educação é mais eficiente e a melhor forma de alterar o estado de subdesenvolvimento de uma nação, e diria de diminuir a desigualdade social, reduzir a criminalidade crescente nos dias atuais, e reduzir os altos percentuais de reincidência.

Julio Fabbrini Mirabete ainda em comentários sobre o art. 126 da LEP, ressalta a possibilidade de remição pelo estudo, e afirma que a lei não distingue qual a natureza do trabalho, in verbis:

"Não distingue a lei quanto à natureza do trabalho desenvolvido pelo condenado. Assim, a remição é obtida pelo trabalho interno ou externo, manuel ou intelectual, agrícola ou industrial, não se excluindo o artesanal, desde que autorizado pela administração do estabelecimento penal."

Inexistem dúvidas a luz de minhas experiências de quase 10 anos na execução penal, sobre a finalidade educativa do labor do aprisionado.

Por outro lado, e como já salientado, há que se interpretar com amplitude a palavra **trabalho**, que, no dicionário de Aurélio, assim vem conceituado. Em síntese, trabalho é:

"Atividade coordenada, de caráter físico e/ou intelectual, necessária à realização de qualquer tarefa, serviço ou empreendimento; O exercício dessa atividade como ocupação, ofício, profissão; Atividade que sedestina ao aprimoramento ou ao treinamento físico, artístico, intelectual, etc."

Desta forma, estudo é o Ato de Estudar, ou seja uma atividade inclusa no verbo trabalhar. Daniel Barbosa, resumiu: " trabalhar inclui o ato de estudar".

Por tais consideradas razões, não há afronta ao caput do art. 126 da LEP, quando interpretamos extensivamente ou analogicamente a palavra "trabalho", abrangendo o estudo, considerando a clara necessidade de se ampliar o sentido e o alcance da Lei, eis que o estudo, igualmente ou até com mais poder do que a atividade laborativa, se aperfeiçoa e se adequa como uma luva ao objetivo do instituto da remição e da própria Lei 7.210/84.

O Min. Gilson Dipp, assim revestiu o tema:

"... Sendo um dos objetos da lei, ao instituir a remição, incentivar o bom comportamento do sentenciado e sua readptação ao convívio social, a interpretação extensiva se impõe in casu, se considerarmos que a educação formal é a mais eficaz forma de integração do indivíduo à sociedade. Recurso desprovido. (Resp. Nº 445/942/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, j, 10.06.03, v.u., DJU 25.08.03, P 352)".

Sendo assim, é de se admitir que a remição pelo estudo demonstra o quão é benéfica ao preso, no regime fechado ou semi-aberto, e principalmente à sociedade. E a sua aplicação, pode readaptá-lo ao habitat social, numa plena e harmônica interação de convívio e permanência.

CONCLUSÃO

Diante de tantas argumentações, sobrando elementos para indicar a importância da educação e do estudo para o bom retorno do encarcerado à sociedade, percebe-se que aos operadores do Direito resta tão somente o

balizamento justo e eficaz para se admitir e conceder a remição por tais atividades, e é nesse particular que me permito concluir a tese com as propostas que adiante seguem elencadas:

1 – Admissibilidade pacífica da remição por estudo;

2 – O balizamento ou patamar para a redução ou remição, seria (ou é, para a tese) de 01 (um) dia por cada 12 horas/aulas, no tempo mínimo de 03 dias –, ou seja, a cada 03 dias de estudo com uma carga horária diária de 04 horas/aulas – regra geral nas escolas – terá o reeducando total de 12 horas/aulas, proporcionando-lhe 01 dia de remição, com semelhança, portanto, com a remição por trabalho;

3 – Que, de forma igual àquela remição por trabalho, o reeducando que cometer falta grave perderá a remição por estudo, utilizando-se a prescrição do art. 127 da LEP;

4 – Para concessão da remição por estudo, o pleito deverá ser instruído com declaração do Diretor da Unidade Prisional – comunicando o curso que o reeducando participa ou participou, horário e período de duração –, além da ficha de frequência contendo o número de horas/aulas e o aproveitamento do estudante custodiado, estes últimos documentos firmados pela direção da escola;

5 – A remição pelo estudo, na forma ora proposta, independe daquela referente à atividade laborativa (trabalho), podendo recebê-la, cumulativamente, aqueles reeducandos que estudem e trabalhem, e, isoladamente, aqueles que apenas estudem.

078

CURANDEIRISMO – CRIME DE DISCRIMINAÇÃO E INCOERÊNCIA NA GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE

Maria Ivana Botelho Vieira da Silva

Promotora de Justiça/PE

O Capítulo III do Código Penal Brasileiro trata dos crimes contra a saúde pública. Entres estes, consta o previsto no art. 284 – crime de curandeirismo.

Para uma melhor análise, segue a transcrição do tipo penal em comento:

> *Art. 284 – Exercer o curandeirismo:*
> *I – prescrevendo, ministrando ou aplicando, habitualmente, qualquer substância;*
> *II – usando gestos, palavras ou qualquer outro meio;*
> *III – fazendo diagnósticos:*
> *Pena: detenção, de seis meses a dois anos.*
> *Se o crime é praticado mediante remuneração, o agente fica também sujeito à multa.*

Pergunta-se, então, para se entender o objetivo da inclusão de determinada conduta no rol dos tipos penais, além do bem protegido, que, no caso é óbvio: a saúde, quem seriam os indivíduos criminalizados?

A prescrição, ministração ou aplicação de QUALQUER substância só fará mal à saúde se for substância tóxica ou inadequada à utilização humana. Esta situação encontra-se prevista nos artigos 270, 271, 272, 273 274, 276 e 278, todos do Código Penal, senão vejamos:

> *Art. 270 - Envenenar água potável, de uso comum ou particular, ou substância alimentícia ou medicinal destinada a consumo:*
> *Pena - reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos.*
> *§ 1º - Está sujeito à mesma pena quem entrega a consumo ou tem em depósito, para o fim de ser distribuída, a água ou a substância envenenada.*
> *§ 2º - Se o crime é culposo:*
> *Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.*
> *Corrupção ou poluição de água potável*
>
> *Art. 271 - Corromper ou poluir água potável, de uso comum ou particular, tornando-a imprópria para consumo ou nociva à saúde:*
> *Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.*
> *Parágrafo único - Se o crime é culposo:*
> *Pena - detenção, de 2 (dois) meses a 1 (um) ano.*
> *Corrupção, adulteração ou falsificação de substância alimentícia ou medicinal*
>
> *Art. 272 - Corromper, adulterar ou falsificar substância alimentícia ou medicinal destinada a consumo, tornando-a nociva à saúde:*
> *Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.*
> *§ 1º - Está sujeito à mesma pena quem vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, entrega a consumo a substância corrompida, adulterada ou falsificada.*
> *§ 2º - Se o crime é culposo:*

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e multa.
Alteração de substância alimentícia ou medicinal

Art. 273 - Alterar substância alimentícia ou medicinal:
I - modificando-lhe a qualidade ou reduzindo-lhe o valor nutritivo ou terapêutico;
II - suprimindo, total ou parcialmente, qualquer elemento de sua composição normal, ou substituindo-o por outro de qualidade inferior:
Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.
§ 1º - Na mesma pena incorre quem vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, entrega a consumo a substância alterada nos termos deste artigo.
§ 2º - Se o criminoso é culposo:
Pena - detenção, de 2 (dois) a 6 (seis) meses, e multa.
Emprego de processo proibido ou de substância não permitida

Art. 274 - Empregar, no fabrico de produto destinado a consumo, revestimento, gaseificação artificial, matéria corante, substância aromática, anti-séptica, conservadora ou qualquer outra não expressamente permitida pela legislação sanitária:
Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, e multa.
Invólucro ou recipiente com falsa indicação

Art. 275 - Inculcar, em invólucro ou recipiente de produto alimentício ou medicinal, a existência de substância que não se encontra em seu conteúdo ou que nele existe em quantidade menor que a mencionada:
Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.
Produto ou substância nas condições dos dois artigos anteriores

Art. 276 - Vender, expor à venda, ter em depósito para vender ou, de qualquer forma, entregar a consumo produto nas condições dos arts. 274 e 275.
Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.
Substância destinada à falsificação

Art. 277 - Vender, expor à venda, ter em depósito ou ceder substância destinada à falsificação de produto alimentício ou medicinal:
Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e multa.
Outras substâncias nocivas à saúde pública

Art. 278 - Fabricar, vender, expor à venda, ter em depósito para vender ou, de qualquer forma, entregar a consumo coisa ou substância nociva à saúde, ainda que não destinada à alimentação ou a fim medicinal:
Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.
Parágrafo único - Se o crime é culposo:
Pena - detenção, de 2 (dois) meses a 1 (um) ano.

Fazer diagnóstico é ato próprio de algumas profissões da área de saúde. Quem age como se fosse um destes está incurso nas penas do art. 282 do Código Penal, o conhecido crime de exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica. Sendo certo que neste tipo também estão incluídas as condutas de prescrição de medicamentos ou a fabricação, manipulação destes.

Art. 282 - Exercer, ainda que a título gratuito, a profissão de médico, dentista ou farmacêutico, sem autorização legal ou excedendo-lhe os limites:
Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.
Parágrafo único - Se o crime é praticado com o fim de lucro, aplica-se também multa.

Caso exista a utilização de meio secreto ou dito, pelo "curandeiro", ser infalível, a prática é prevista no art. 283 do Código Penal, que é o crime de charlatanismo.

Art. 283 - Inculcar ou anunciar cura por meio secreto ou infalível:
Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

Tem-se então, um tipo penal que à primeira vista não teria razão de existir. E a expressão à primeira vista é aqui utilizada porque a análise até então está restrita aos motivos que, em tese, levam o legislador a incluir determinado ato ou omissão como conduta antijurídica e passível de punição no âmbito criminal.

Todavia, como ciência humana, o Direito existe com as características culturais das sociedades. Não por acaso que um comportamento amplamente respeitado em uma cultura e, consequentemente respaldado pelo Direito, é, em outros locais, rechaçado pela sociedade e seu ordenamento jurídico.

Nesse sentido, não podemos esquecer que a nossa sociedade é composta por uma maioria de pessoas sem acesso à educação e, em conseqüência, sem possibilidades de exercer uma postura crítica sobre a ação daqueles que seriam seus representantes no Poder Legislativo, em que pese os avanços percebidos através da ampliação da capacidade de mobilização das pessoas em busca do respeito aos seus direitos garantidos em sede constitucional e infra-constitucional.

Por outro lado, mesmo com a ampliação de direitos promovida com a promulgação, em 1988, da vigente Constituição da República, não se pode esquecer que não apenas o Código Penal, mas as leis, em geral, não representam um consenso acerca do que pensa e deseja a população, mas, na maioria das vezes, a manutenção da situação e dos interesses da classe dominante.

Voltando um pouco no tempo, é importante destacarmos o sentimento dos profissionais médicos no final da década de 1930, especialmente no tocante à assistência psiquiátrica. O crime de curandeirismo existe no Código Penal como forma de garantir a assistência aos portadores de transtorno mental apenas aos médicos. Havia claramente um receio destes, de perder espaço, frente à atuação daqueles a quem chamavam de curandeiros.

É importante destacar que até o século XIX os curandeiros existiam em grande número, dada a ausência de pessoas formadas em Medicina, uma vez que a instalação do respectivo curso só aconteceu após a chegada da família real Portuguesa ao nosso território, isto em 1808.

Não se pode esquecer que em 1940, a religião oficial do Brasil era a Católica. Esta situação mudou completamente em 1988, com a inclusão da liberdade de credo como um dos direitos fundamentais da pessoa humana e a laicidade do Estado.

Houve, também no final da década de 1930, um movimento de eugenia no Brasil, havendo a defesa, através de vários estudiosos, da inferioridade dos negros e índios.

Nesse sentido, escreve Zuleica Dantas Pereira Campos, no seu Artigo intitulado HIGIENIZAÇÃO DO BRASIL E AS RELIGIÕES AFRO-BRASILEIRAS:

> *Aqui é importante lembrar que um dos pioneiros no relato explícito de preconceitos contra índios e negros no Brasil foi Nina Rodrigues. Este, em seu livro Os Africanos no Brasil, publicado em 1932, afirma que a raça negra, por maiores que tenham sido os seus incontestáveis serviços a nossa civilização, há de constituir sempre um dos fatores de nossa inferioridade como povo. A partir dessa afirmação, Nina Rodrigues anuncia alguns temas que serão predominantes em pensadores brasileiros durante a primeira metade do século XX: O temor de que o Sul do Brasil, colonizado por brancos e de onde o negro acabará sendo eliminado, se oponha ao Norte, região dominada pela inércia e indolência dos mestiços, como também o temor de que o Brasil, em vez de acompanhar a civilização canadense e norte-americana, caia no barbarismo guerrilheiro da América Central. Em resumo, Nina Rodrigues considerava que o Brasil se inferiorizava, não só pela existência de índios e negros mas também pela mestiçagem: "Consideramos a supremacia imediata ou mediata da raça negra nociva à nossa nacionalidade, prejudicial em todo caso a sua influência não sofreada aos progressos e à cultura do nosso povo".*

A autora continua, na sua obra já citada, a relatar as circunstâncias da discriminação dos índios e negros, e em consequência, das religiões de matrizes africanas. Na mesma esteira do pensamento discriminatório, transcreve o que adiante se vê:

> *Arthur Ramos classifica o curandeiro como um charlatão involuntário cuja conduta recebeu o influxo direto do negro e do índio. Para Ramos, a repressão ao curandeirismo é um problema de lenta educação e oposição de normas "corretas de pensamento e raciocínio lógico".*

Clara está a razão da inclusão dos atos próprios dos curandeiros como tipo penal, como se vê do artigo 284 do Código Penal Brasileiro, cuja parte especial data de 1940.

Com o passar do tempo e o avanço das ciências, inclusive da Medicina, atualmente a fé não mais é vista como agente dificultador da atuação dos médicos e seus conhecimentos científicos e raciocínio lógico, mas como grande aliada.

Não raro são produzidas reportagens, documentários e até mesmo atos normativos onde se valorizam positivamente o conhecimento popular e a fé.

O Ministério da Saúde, ao instituir as Políticas de Atenção Integral à Saúde da População Indígena e da População Negra, através das Portarias nº 254/2002 e nº 992/2009, respectivamente, determina que a atuação dos médicos se dê em consonância e harmonia com os saberes e práticas da população, inclusive as preservadas pelas religiões de matrizes africanas e pelos pajés.

Observe-se o contido no Capítulo II do Anexo da Portaria MS nº 992/2009:

> *Capítulo II*
> *DAS DIRETRIZES GERAIS E OBJETIVOS*
> ***1. Diretrizes Gerais:***
> *I - inclusão dos temas Racismo e Saúde da População Negra nos processos de formação e educação permanente dos trabalhadores da saúde e no exercício do controle social na saúde;*
> *II - ampliação e fortalecimento da participação do Movimento Social Negro nas instâncias de controle social das políticas de saúde, em consonância com os princípios da gestão participativa do SUS, adotados no Pacto pela Saúde;*
> *III - incentivo à produção do conhecimento científico e tecnológico em saúde da população negra;*
> ***IV - promoção do reconhecimento dos saberes e práticas populares de saúde, incluindo aqueles preservados pelas religiões de matrizes africanas;***
> *(...)*

Vale também, trazer à colação alguns trechos da Portaria nº 254/2002 do Ministério da Saúde, que trata da Saúde da População Indígena:

> *As iniciativas de atenção à saúde indígena geralmente ignoravam os sistemas de representações, valores e práticas relativas ao adoecer e buscar tratamento dos povos indígenas, bem como seus próprios especialistas. Estes sistemas tradicionais de saúde se apresentam numa grande diversidade de formas, sempre considerando as pessoas integradas ao contexto de suas relações sociais e com o ambiente natural, consistindo ainda num recurso precioso para a preservação ou recuperação de sua saúde.*
> *(...)*
> ***3 - Política Nacional de Atenção à Saúde dos Povos Indígenas***
> ***O propósito desta política é garantir aos povos indígenas o acesso à atenção integral à saúde**, de acordo com os princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde, contemplando a diversidade social, cultural, geográfica, histórica e política de modo a favorecer a superação dos fatores que tornam essa população mais vulnerável aos agravos à saúde de maior magnitude e transcendência entre os brasileiros, **reconhecendo a eficácia de sua medicina e o direito desses povos à sua cultura.***
> *(...)*
> ***4.4 - Articulação dos Sistemas Tradicionais Indígenas de Saúde***
> *Todas as sociedades humanas dispõem de seus próprios sistemas de interpretação, prevenção e de tratamento das doenças. Esses sistemas tradicionais de saúde são, ainda hoje, o principal recurso de atenção à saúde da população indígena, apesar da presença de estruturas de saúde ocidentais. (...) Portanto, a melhoria do estado de saúde dos povos indígenas não ocorre pela simples transferência para eles de conhecimentos e tecnologias da biomedicina, considerando-os como receptores passivos, despossuídos de saberes e práticas ligados ao processo saúde-doença. O reconhecimento da diversidade social e cultural dos povos indígenas, a consideração e o respeito dos seus sistemas tradicionais de saúde são imprescindíveis para a execução de ações e projetos de saúde e para a elaboração de propostas de prevenção/promoção e educação para a saúde adequadas ao contexto local.*
> ***O princípio que permeia todas as diretrizes da Política Nacional de Atenção à Saúde dos Povos Indígenas é o respeito às concepções, valores e práticas relativos ao processo saúde-doença próprios a cada sociedade indígena e a seus diversos especialistas. A articulação com esses saberes e práticas deve ser estimulada para a obtenção da melhoria do estado de saúde dos povos indígenas.***
> *(...)*

> ***4.5 - Promoção ao uso adequado e racional de medicamentos***
> *As ações que envolvem, direta ou indiretamente, a assistência farmacêutica no contexto da atenção à saúde indígena, tais como seleção, programação, aquisição, acondicionamento, estoque, distribuição, controle e vigilância – nesta compreendida a dispensação e a prescrição -, devem partir, em primeiro lugar, das necessidades e da realidade epidemiológica de cada Distrito Sanitário e estar orientadas para garantir os medicamentos necessários.* ***Devem também compor essas ações as práticas de saúde tradicionais dos povos indígenas, que envolvem o conhecimento e o uso de plantas medicinais e demais produtos da farmacopéia tradicional no tratamento de doenças e outros agravos a saúde.*** *Essa prática deve ser valorizada e incentivada, articulando-a com as demais ações de saúde dos Distritos Sanitários Especiais Indígenas.* (Grifos nossos).

Como se pode ver dos trechos acima transcritos, os documentos oficiais do Ministério da Saúde determinam que o atendimento à saúde das populações indígena e negra, antes discriminadas e inferiorizadas, se dê com a utilização, pela medicina alopática ou ocidental, das práticas de prevenção e recuperação da saúde, utilizadas por estes povos.

O conceito de saúde contido na Lei nº 8080/1990, a chamada Lei Orgânica da Saúde, afirma que a saúde é um estado de bem-estar físico, psíquico e emocional do ser humano. Portanto, o respeito às culturas é imprescindível à existência e à recuperação da saúde das pessoas.

Na mesma linha está a orientação da OMS – Organização Mundial de Saúde, órgão das Nações Unidas para o acompanhamento das ações e serviços de saúde no mundo. A Carta de Alma-Ata, que trata dos cuidados primários em saúde, faz referências à necessidade de participação dos diversos povos do mundo para a prevenção e recuperação de sua saúde, agindo no planejamento e execução das ações para tal fim.

Percebe-se facilmente que o bem jurídico que se deseja proteger, através da tipificação da prática de atos admitidos de cura, como crime de curandeirismo não tem sentido de existir. Veja-se que os órgãos que estudam e definem ações de saúde no Mundo e no Brasil não permitem que estas ações e serviços sejam ofertados sem que se respeite, e mais que isso, sem que se absorvam os conhecimentos populares, religiosos e culturais da população para a qual os serviços são direcionados.

Não paira, pois, a mais tênue dúvida acerca da total inutilidade da existência da tipificação da conduta tida como de curandeiros. Em primeiro lugar, porque, como já dito antes, não há razão para se temer um agravo à saúde de qualquer pessoa pela sua prática, sendo certo que, ocorrendo qualquer situação que cause lesão ou perigo de lesão à saúde, já existem os tipos penais próprios para cada uma dessas situações. Por outro lado, como já ficou demonstrado, sua existência se deve à idéia de inferioridade dos índios e dos praticantes das religiões de matrizes africanas (Candomblé, Macumba e Umbanda), em tempos distantes. Sendo, então, uma ação discriminatória do Estado, a imputação a qualquer pessoa, da prática deste crime.

Destaque-se que os rituais de cura encontram-se presentes em várias religiões, como exemplo, as bênçãos dos padres católicos, que também poderiam, em tese, configurar a prática deste delito. Todavia, não há qualquer registro de denúncia onde o acusado seja um dos integrantes do clero católico. Mas os integrantes das religiões trazidas pelos africanos vivem com essa espada sobre suas cabeças, devido, ainda e infelizmente, à existência do preconceito racial, que se estende às religiões. Manter isto hoje é inconstitucional, ante a garantia de liberdade de religião e intolerância à discriminação, constantes da Carta Magna de 1988.

É certo que não cabe ao Ministério Público dos Estados nem mesmo da União, a exclusão ou inclusão de artigos ou condutas em leis. No máximo, como é por todos sabido, impetrar Ação Direta de Inconstitucionalidade, o que está afeto aos respectivos Procuradores Gerais, e no caso específico, ao Procurador Geral da República, por se tratar de matéria penal. Todavia, os Promotores de Justiça, em sua atuação cotidiana podem e devem agir de forma a demonstrar, inequivocamente, que a ação tipificada no artigo 284 do Código Penal Brasileiro não tem qualquer razão de existir.

CONCLUSÃO

Assim, para que os Membros do Ministério Público, com o dever institucional de zelar pelo respeito aos direitos garantidos na Constituição, não adotem medidas contraditórias em seus diversos campos de atuação, quais sejam: a busca pela responsabilização criminal dos que, por ação ou omissão se enquadram em uma ou mais das situações previstas na legislação penal e; a busca da garantia do direito fundamental à saúde, e da dignidade da pessoa humana, combatendo quaisquer formas de discriminação, dentre as quais, a de raça, cor, etnia, devem ser adotadas as seguintes medidas:

1. Abster-se de oferecer denúncia pela prática do crime de Curandeirismo, previsto no artigo 284 do Código Penal Brasileiro;

2. Analisar os fatos descritos e denunciar, se for o caso, pela prática de quaisquer dos crimes tipificados nos artigos 271, 272, 273, 274, 276 e 278, todos do Código Penal Brasileiro ou promover o arquivamento das peças, caso a questão seja apenas ligada a manifestações religiosas e/ou culturais;
3. Fiscalizar se as ações e serviços de saúde nas comunidades quilombolas e aldeias indígenas estão sendo oferecidos em consonância e harmonia com as práticas de prevenção e recuperação da saúde destes povos, adotando as medidas cabíveis para o cumprimento das normas emanadas pelo Ministério da Saúde neste sentido.

082

(IM)POSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO JUDICIAL DIANTE DO PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO FORMULADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO JULGAMENTO PROFERIDO PELO STF NO HC 82.844/RJ

Pedro Ivo de Sousa

Promotor de Justiça/ES

SÍNTESE DOGMÁTICA

1) O sistema processual penal de determinado Estado é o garantidor da obediência de normas pré-estabelecidas, que visam conferir, na prática, direitos e obrigações instituídas para manutenção da paz social de determinada comunidade.

2) O sistema processual acusatório é uma alternativa mais coerente com o paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito, no qual se procura blindar a atuação judicial de contaminações que comprometam um julgamento imparcial, contido contemporaneamente no princípio constitucional do devido processo legal.

3) A regra contida no artigo 385 do CPP deve ser refletida à luz do sistema processual acusatório, pois se o Ministério Público pede absolvição do réu em determinado processo, ele, na verdade, retira a acusação, objeto principal do processo, e o juiz, ao proferir sentença condenatória, estaria exercendo simultaneamente as funções de julgador e acusador.

4) Diante de uma análise sistemática do ordenamento pátrio, no qual vige o princípio da falibilidade humana, é possível a revisão da manifestação emitida pelo órgão ministerial de 1º grau, com aplicação analógica do art. 28 do CPP, devendo o processo ser remetido ao órgão superior para confirmação ou não da manifestação inicial.

5) No caso do pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público, o processo deve ser extinto por perempção, com base no artigo 107, IV, do Código Penal.

6) A vinculação judicial ao pedido ministerial só atua no sentido de inviabilizar uma condenação diante da falta de acusação, e não no sentido de impedir a declaração o melhor direito para o acusado.

RESUMO

Trata o presente estudo de uma análise crítica do julgamento proferido pela 2ª Turma do STF no HC 82.844/RJ. Apresenta, sucintamente, o caso analisado pela 2ª Turma no julgamento do HC 82.844/RJ. Propõe um estudo da evolução dos sistemas processuais penais durante o progresso da humanidade, focando sua atenção para a compreensão do sistema acusatório, de forma a evidenciar as suas principais características. Investiga a (im)possibilidade de o juiz proferir decisão condenatória quando o Ministério Público formula, em sede de manifestação final no curso do processo, pedido de absolvição, procurando apresentar as posições doutrinárias existentes sobre o assunto e oferecer nova sugestão de resolução da questão. Primando por uma análise paradigmática constitucional do Estado Democrático de Direito, critica a decisão proferida pela 2ª Turma do STF que entendeu ter a manifestação final do Ministério Público no curso do processo penal natureza de mera sugestão.

1 INTRODUÇÃO

O desenvolvimento social da humanidade fez com que diversos institutos das mais diferentes áreas do conhecimento humano sofressem forte evolução conceitual, possibilitando um progresso dinâmico em todas as ciências existentes. A modificação da compreensão da participação do ser-humano no complexo sistema da natureza,

com todas as conseqüências advindas deste processo, é um ótimo exemplo do progresso mencionado. Certamente, essa evolução também pode ser percebida no campo do direito processual penal, especialmente no que se refere ao sistema processual penal[1].

É bem verdade que, desde que o homem decidiu se agrupar em sociedade, de uma forma ou de outra, sempre existiram regulamentos determinando a forma com que se responsabilizaria um indivíduo que violasse as regras postas, principalmente quando este cometesse algum crime[2]. E é justamente sobre esta forma de responsabilização do indivíduo infrator criminal que trata o presente estudo.

Da análise dos procedimentos utilizados pela sociedade moderna para se buscar apurar e processar um indivíduo criminoso, pode-se, inicialmente, afirmar que profundas foram as mudanças aplicadas na metodologia do sistema processual penal[3].

Com o surgimento do Estado Democrático de Direito, que procura salvaguardar os direitos fundamentais sob uma perspectiva democrática de participação popular na formulação das decisões político-jurídicas, buscou-se conferir aos indivíduos processados o maior número possível de direitos que possibilitassem a sua melhor defesa. Dentre esses direitos, o da imparcialidade do juiz pode ser apontado como um dos principais, rompendo-se assim com a figura do juiz-acusador, de forma a garantir uma maior participação do indivíduo na formação da sua própria defesa.

Esta separação das figuras do julgador e do acusador segue a lógica da especialização das funções utilizada pelo princípio da separação de poderes, através do qual se busca tutelar os direitos fundamentais, impedindo-se a concentração de poder na mão de uma única pessoa, de forma a se evitar o arbítrio.

Sabe-se que a aplicação do direito penal ocorre através de um sistema processual penal formado por um conjunto de princípios e regras constitucionais. Esse sistema se desenvolve, como afirmado, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas.

De fato, no sistema jurídico brasileiro, o art. 385 do CPP permite que o juiz profira um julgamento condenatório em discordância com o entendimento do Ministério Público, que é órgão estatal responsável por formular a acusação em desfavor dos infratores penais, autorizando a formação de um título executivo condenatório constituído pela única vontade do juiz.

Desta forma, a questão que se pretende responder ao final do presente é se é possível, em pleno Estado Democrático de Direito, com a vigência do sistema processual penal acusatório, o julgador proferir sentença condenatória criminal num processo em que o Ministério Público formula, em manifestação final, pedido de absolvição.

2 ANALISE DO CASO JULGADO PELA 2ª TURMA DO STF NO JULGAMENTO DO HC 82.844/RJ

O caso avaliado pela 2ª Turma do STF no julgamento do HC 83.844/RJ se revela mais um daqueles casos que merecem uma especial atenção da comunidade jurídica brasileira. Não tanto pelo contexto fático em que ocorreu, mas principalmente em decorrência da solução jurídica apresentada pela 2ª Turma do STF.

Numa rápida reconstrução do caso, o Paciente do HC referido foi denunciado pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, juntamente com outros envolvidos, por supostamente ter cometido o crime de incêndio no interior de uma firma comercial situada no município de Petrópolis/RJ, devidamente tipificado no art. 250, §1º, I, do CPB. Após o trâmite processual normal, esse Paciente foi absolvido pelo juízo de 1º grau, que, acolhendo manifestação do Ministério Público, entendeu por declarar o estado de inocência dos acusados no processo.

Ocorre que, a assistência de acusação recorreu desta sentença judicial, tendo o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro entendido pela condenação dos acusados, terminando por impor ao referido Paciente do HC a pena de 5 (cinco) anos 4(quatro) meses de reclusão e 80 (oitenta) dias multa, como incurso nos arts. 250, § 1º, I c/c o 29, do C. Penal.

Desta decisão proferida em acórdão pelo TJRJ este Paciente se insurgiu, tendo recorrido ao Supremo Tribunal de Justiça no intuito de ver restabelecida a sentença proferida pelo juízo de 1º grau, fundamentando-se, dentre outros argumentos, no pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público. Entretanto, não obteve êxito nesse Tribunal Federal, motivo pelo qual impetrou *habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal.

No STF, sob relatoria do então Ministro Nelson Jobim, a 2ª Turma, no dia 04 de maio de 2004, analisou e julgou, em unanimidade, pelo deferimento do *habeas corpus*. Assim, ordenou a invalidação do acórdão emanado da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, mantido pela 5ª Turma do egrégio Superior Tribunal de Justiça, restabelecendo, em conseqüência, a sentença penal absolutória de 1º grau, tendo a ementa sido publicada no dia 28 de maio de 2004, a saber:

---

[1] Afrânio Silva Jardim (1998, p. 18) afirma que "o processo penal é fruto do avanço civilizatório da humanidade, resultante da jurisdicização do poder punitivo do Estado

[2] Pode-se afirmar que mesmo no período da vingança privada existia um procedimento estabelecido, qual seja, o da possibilidade do próprio indivíduo se proteger e se vingar. A diferença é que, neste momento, não importava ao Estado a persecução penal.

[3] É importante destacar que para Aury Lopes Jr. (2001, p. 6): "A evolução do processo penal está intimamente relacionada com a própria evolução da pena, refletindo a estrutura do Estado em um determinado período".

> EMENTA: *HABEAS CORPUS*. INCÊNDIO DOLOSO. DOIS LAUDOS PERICIAIS. ABSOLVIÇÃO NA 1ª INSTÂNCIA E CONDENAÇÃO NA 2ª INSTÂNCIA. RECURSO DA ASSISTÊNCIA DE ACUSAÇÃO. A apresentação de dois laudos periciais - um realizado logo após o incêndio por perito experiente e renomado na região, outro realizado dias após o ocorrido por perito vindo da capital do Estado – com conclusões totalmente divergentes, demonstra séria dúvida para a comprovação irrestrita da intencionalidade do incêndio. Justificam ainda a concessão da ordem elementos como: a) o Ministério Público de 1º grau ter ***sugerido*** a absolvição do réu, ***sugestão*** acompanhada pelo juízo criminal; b) a segunda perícia – que concluía pelo incêndio doloso – ter sido elaborado dias depois do evento; e c) a dúvida do Ministério Público acerca da idoneidade do perito que formalizou o segundo laudo. A configuração dessas sérias incertezas demonstra falta de base sólida para a condenação do paciente. *Habeas corpus* deferido. (STF. HC 82.844/RJ. 2ª Turma. Relator Min. Nelson Jobim. Data de Publicação no DJ: 28/05/04) (grifos nossos)

Pode-se, então, observar da ementa acima que os Ministros da 2ª Turma do STF entenderam, conforme a fundamentação exposta, pelo deferimento do *habeas corpus* em razão de três justificativas, sendo a primeira delas a da *sugestão* do Ministério Público pela absolvição do réu.

A questão proposta para análise no presente trabalho é de saber se o pedido de absolvição formulado no processo criminal pelo Ministério Público possui natureza de *sugestão*, como afirmado pelos Ministros da 2ª Turma do STF, ou de vinculação de atuação jurisdicional, dado a vigência do sistema processual acusatório em nosso ordenamento jurídico brasileiro. Desta resposta, poder-se-á extrair a possibilidade, ou não, do juiz proferir sentença penal condenatória diante de um pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público.

Assim, propõe-se, inicialmente, a análise da evolução dos sistemas processuais penais durante o progresso dos sistemas jurídicos da humanidade, focando sua atenção para a compreensão do sistema acusatório, de forma a evidenciar as suas principais características.

3 O SISTEMA ACUSATÓRIO NO ÂMBITO DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Tradicionalmente, a forma com que o Estado buscou responsabilizar aqueles que cometiam infrações criminais sempre esteve subjugada a um sistema normativo capaz de conferir garantias para a sociedade e para cada indivíduo, ainda que, excepcionalmente, possam ser apontados alguns exemplos de excessos na história da humanidade.

Este sistema, normalmente chamado de sistema processual penal de determinado Estado, é o garantidor da obediência de normas pré-estabelecidas, que visam conferir, na prática, direitos e obrigações instituídas para manutenção da paz social de determinada comunidade[4].

Assim, depois de estabelecidas as condutas criminais inadmitidas pela comunidade, instituem-se as formas com que estas condutas serão investigadas e processadas pelo Estado, no intuito de se entregar o maior número possível de ferramentas para o Estado cumprir o seu mister institucional, preservando-se, ao máximo, os direitos individuais dos cidadãos.

Interessante observar que, no início do constitucionalismo moderno, em plena vigência do paradigma do Estado Liberal, estes sistemas eram caracteristicamente formados por regras, que estabeleciam ditatorialmente e abstratamente as diretrizes a serem seguidas no processo de investigação e processamento das condutas típicas criminais. Entretanto, no atual paradigma do Estado Democrático de Direito, os sistemas processuais penais dos Estados têm sido marcados por um conjunto normativo de regras e princípios, que conferem ao intérprete da norma uma maior possibilidade de, no caso concreto, construir a melhor resposta que o sistema normativo possa oferecer.

Desta forma é que Paulo Rangel (2006, p. 45) define o sistema processual penal como "o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas para a aplicação do direito penal a cada caso concreto"[5]. De fato, em regra, a doutrina aponta, pelo menos, três sistemas processuais penais que norteiam, ou nortearam, as ações punitivas sociais: o inquisitivo, o misto e o acusatório.

O sistema inquisitivo foi antecedido pelo sistema acusatório privado no qual o próprio particular iniciava a persecução penal. Com o passar do tempo conclui-se que era melhor que o Estado detivesse o poder de reprimir a

---

[4] Aury Lopes Jr. (2008, p. 55) afirma que: "Na história do Direito se alternaram as mais duras opressões com as mais amplas liberdades. É natural que nas épocas em que o Estado viu-se seriamente ameaçado pela criminalidade o Direito Penal tenha estabelecido penas severas e o processo tivesse que ser também inflexível. Os sistemas processuais inquisitivo e acusatório são reflexo da resposta do processo penal frente às exigências do Direito Penal e do Estado da época.

[5] Analisando criticamente a função do processo penal, Aury Lopes Jr. (2001, p. 20) afirma que: "O processo, como instrumento para a realização do Direito Penal, deve realizar sua **dupla função:** de um lado, tornar viável a aplicação da pena, e de outro, servir como **efetivo instrumento de garantia dos direitos e liberdades individuais**, assegurando os indivíduos contra os atos abusivos do Estado. Nesse sentido, o processo penal deve servir como instrumento de limitação da atividade estatal, estruturando-se de modo a garantir plena efetividade dos direitos individuais constitucionalmente previstos, como a presunção de inocência, contraditório, defesa, etc."

prática de delitos, sob pena de o particular utilizar o sistema como meio de vingança, ora interessando-o a interposição da ação ora não, gerando impunidade e desestabilização social. Como reação a esse sistema particular, surgiu nos regimes monárquicos e se aperfeiçoou durante o direito canônico o sistema inquisitivo.

A principal característica desse sistema é a concentração das funções de julgar, defender e acusar nas mãos do juiz. Tal concentração quebra obviamente seu dever de imparcialidade, pois se é o juiz quem colhe as provas na fase de investigação preliminar e decide se a ação será ou não deflagrada, demonstra que ele já exerceu juízo de valor sobre o objeto daquele processo.

Outro traço interessante é o sistema de provas adotado, qual seja o da prova tarifada, prova legal ou ainda sistema da certeza moral do legislador, onde nenhuma prova valia mais do que a confissão do acusado (LOPES JR., 2008, p. 65). De acordo com Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, dissertando sobre a gestão da prova a qual era confiada essencialmente ao magistrado no sistema inquisitivo, "o juiz poderia mais fácil e amplamente informar-se sobre a verdade dos fatos - de todos os factos penalmente relevantes, mesmo que não contidos na 'a acusação' - dado seu domínio único e onipotente do processo em qualquer das suas fases" (COUTINHO, 2001, p. 24).

Preocupado em regrar, pelo menos em parte, a atuação do magistrado, o legislador impõe ao mesmo um sistema tarifado de provas, que significa dizer que todas as provas têm seu valor prefixado pela lei. Portanto, o juiz não poderia decidir pela absolvição mesmo que três testemunhas oculares do fato não reconhecessem o acusado como autor do fato, se esse fosse réu confesso. Isso porque o legislador definiu que a confissão era a rainha das provas, retirando do magistrado qualquer margem de discricionariedade[6].

A terceira característica é o sigilo. O juiz recolhia a prova secretamente, inviabilizando a fiscalização e o contraditório, que é o último elemento caracterizador do sistema. Não há contraditório nem ampla defesa no sistema inquisitivo, o que faz do acusado mero objeto do processo, quase um objeto de pesquisa científica, não lhe sendo garantida a defesa de seus direitos.

Mas uma vez, faremos menção ao professor Jacinto Nelson Miranda Coutinho, que define o trabalho do juiz como delicado, senão vejamos: "O trabalho do juiz, de fato, é delicado. Afastado do contraditório e sendo senhor da prova, sai em seu encalço guiado essencialmente pela visão que tem (ou faz) do fato" (COUTINHO, 2001, p. 24).

O sistema processual penal misto possui esta nomenclatura por justamente se constituir da junção de elementos do sistema inquisitivo e do sistema acusativo. Também chamado de sistema acusatório formal, costuma-se identificar as raízes desse sistema com o sistema acusatório privado de Roma (RANGEL, 2006, p. 49). A razão da criação deste sistema é muito bem explicada pelo próprio Paulo Rangel:

> "Procurou-se com ele temperar a impunidade que estava reinando no sistema acusatório, em que nem sempre o cidadão levava ao conhecimento do Estado a prática da infração penal, fosse por desinteresse ou por falta de estrutura mínima e necessária para suportar as despesas inerentes àquela atividade; ou, quando levava, em alguns casos, fazia-o movido por um espírito de mera vingança" (RANGEL, 2006, p. 50)

Neste sistema, embora mantendo a condução das investigações nas mãos do próprio magistrado, a grande novidade é a distinção entre as funções acusatória e decisória durante o processo, com a inclusão do Ministério Público na formação da culpa do indivíduo. Assim, este sistema possui duas fases procedimentais bem distintas: a primeira, na qual as investigações são conduzidas pelo próprio juiz, com inspiração direta do sistema inquisitivo e; a segunda, na qual a acusação é feita por um órgão público distinto do Judiciário, em regra, cabendo ao Ministério Público tal incumbência, sendo reservado ao juiz a condução dos trabalhos e a decisão final sobre o caso[7].

De fato, o advento do paradigma do Estado Democrático de Direito, com a inclusão de novos direitos nas Constituições mundiais, proporcionou a rejeição das idéias defendidas neste sistema, por não proporcionarem uma isenção ideal do juiz no julgamento de cada indivíduo acusado de cometer alguma infração penal. É que a condução judicial da fase preliminar investigativa compromete profundamente o julgamento judicial do caso analisado, impedindo que o indivíduo desfrutasse amplamente os seus direitos fundamentais.

O sistema processual acusatório[8] é apresentado, então, como uma alternativa mais coerente com o paradigma constitucional vigente, no qual se procura blindar a atuação judicial de contaminações que comprometam um julgamento imparcial, contido contemporaneamente no princípio constitucional do devido processo legal.

---

[6] É bom esclarecer, ainda, que foi este sistema de valorização da confissão como "Rainha" das provas que permeou, e ainda permeia, toda a cultura de repressão do Estado brasileiro, incentivando a prática inescrupulosa da tortura nas delegacias de polícia, justificada pela obtenção das confissões dos investigados, que, muitas vezes, são declarações irreais, prestadas em momentos de grande desespero e intenso sofrimento.

[7] Outras características do sistema processual misto podem ser encontradas em RANGEL, Paulo. *Direito processual penal* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 50.

[8] Por uma visão histórica dos sistemas processuais penais, ver PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório:* a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 65-101. Aury Lopes Jr. (2008, p. 56) afirma, ainda, que: "Cronologicamente, em linhas gerais, o sistema acusatório predominou até meado do século XII, sendo posteriormente substituído, gradativamente, pelo modelo inquisitório que prevaleceu com plenitude até o final século VXIII (em alguns países, até parte do século XIX), momento em que os movimentos sociais e políticos levaram a uma nova mudança de rumos.

Nessa espécie de sistema processual, o juiz restringe a sua atuação ao processo, cabendo a outros órgãos as investigações e as acusações dos infratores penais. No cenário brasileiro, por exemplo, cabe à autoridade policial a condução dos trabalhos investigativos e ao Ministério Público o controle externo desses trabalhos e a formulação das acusações contra os infratores penais. A atuação judicial na fase preliminar de investigação se limita, então, à tutela das liberdades públicas (OLIVEIRA, 2008, p. 11).

Obviamente, com a retirada da atuação judicial do controle das investigações criminais e da própria acusação penal, o sistema é recheado com garantias que possibilitam uma real análise dos fatos praticados, em tese, pelo indivíduo acusado judicialmente. Isto faz reaparecer, por exemplo, requisitos básicos de transparência do processo judicial como o princípio da publicidade, que permeia todo o sistema acusatório.

É que não se visualiza um sistema processual democrático que vede às partes e a sociedade a possibilidade de obterem informações sobre a condução do processo, sendo certo, também, que tal princípio pode ter sua aplicação, excepcionalmente, limitada diante de uma real necessidade que vise a proteger o bom andamento dos trabalhos, quando então será admitida a decretação de sigilo.

É também com Paulo Rangel (2006, p. 48-49) que encontramos algumas características do sistema acusatório, podendo ser identificadas, além das já mencionadas a da adoção do princípio do livre convencimento motivado e a da imparcialidade do julgador.[9]

Ainda que parte da doutrina entenda que o sistema processual vigente no ordenamento jurídico brasileiro seja o misto, em razão da condução unilateral da fase preliminar investigativa, é de se reconhecer que, na verdade, o sistema processual penal adotado no Brasil é o acusatório, ainda que apresente algumas distinções peculiares (OLIVEIRA, 2008, p.12)[10].

Em razão até mesmo da complexidade do sistema vigente é que se buscará analisar neste momento a aplicação adequada do artigo 385 do Código de Processo Penal ao sistema processual acusatório, especialmente quando o Ministério Público formula pedido de absolvição do acusado, tratando de focar o estudo na conduta do juiz imparcial, que deve se afastar do espírito acusatório do processo.

4 O ARTIGO 385 DO CPP E A (IM)POSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO JUDICIAL DIANTE DO PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO FORMULADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

No nosso sistema jurídico, como já afirmado, existe a possibilidade expressa de o juiz proferir sentença condenatória em dissonância com o entendimento do Ministério Público, prescrevendo o art. 385 do Código de Processo Penal que "Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição (...)".

Alicerçados no princípio da livre convicção ou da persuasão racional das provas e na própria proteção de direitos fundamentais, é que parte da doutrina entende constitucional a previsão do art. 385 do CPPB (OLIVEIRA, 2008, p. 11)[11]. Neste mesmo sentido, o julgamento da 2ª Turma do STF proferido no caso do HC 83.844/RJ, ao se referir à manifestação ministerial como mera sugestão, revela nítida concordância com a sua constitucionalidade, mesmo diante da vigência do sistema acusatório no paradigma constitucional atual.

Acontece que esta norma processual deve ser interpretada à luz do sistema acusatório, no qual as funções do acusador e do julgador são separadas, garantindo-se a imparcialidade do julgador, de forma a proteger os direitos fundamentais do indivíduo acusado.

Assim, cabe indagar, quando o Ministério Público pede a absolvição de determinado indivíduo em sede de alegações finais, qual o efeito processual penal produzido? De outra forma, qual é a natureza jurídica do ato do Ministério Público de pedir, no curso do processo, a absolvição do acusado?

Como visto acima, parte da doutrina e da jurisprudência pátrias entendem que a acusação separada da função julgadora se sustenta somente até o momento do seu oferecimento, através da peça processual inaugural do processo, tendo o juiz, a partir de então, uma missão constitucional de busca da verdade real que ultrapassa um juízo absolutório formulado pela própria acusação. Desta forma, com o oferecimento da denúncia, as manifestações ministeriais teriam natureza meramente opinativa, ou como descrito no julgamento acima, natureza sugestiva.

---

[9] Outras características podem ser encontradas na obra de PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório:* a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 102-165. Ver também LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional.* 3ª ed.- Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 56-60.

[10] Não se desconhecem as críticas formuladas por parte da doutrina que entende vigente no ordenamento processual penal brasileiro o sistema inquisitivo em razão da gestão da prova, sendo o art. 156 do CPP, para os críticos, uma demonstração da adoção do sistema inquisitivo. Neste sentido, ver LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional.* 3ª ed.- Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 70-74. Entretanto, é de se entender que não existe mais sistema processual puro, devendo ser o mesmo entendido na dinâmica de cada Estado, de acordo com as suas peculiaridades.

[11] Também neste sentido: "Quando o Ministério Público opina pela absolvição do réu não está desistindo da ação já exercitada, pois ela é indisponível (art. 42). Preciso o código quando usa a palavra "opina", pois o pedido formulado na denúncia não pode ser objeto de retratação. Não se pede duas vezes e, com mais razão, não poderia o Ministério Público pedir em testilha com o seu pedido original. Desta forma, a pretensão punitiva do Estado será sempre apreciada pelo órgão jurisdicional, pois nenhum comportamento do Ministério Público poderá obstar o julgamento de mérito quando cabível." (JARDIM, 1998, p. 128).

Entretanto, conforme a melhor doutrina, ao pedir a absolvição do acusado, o Ministério Público estaria retirando totalmente a acusação contra o mesmo, esvaziando a própria pretensão acusatória no processo, que é o seu objeto principal. Este ato processual praticado pelo Ministério Público teria uma natureza de retirada/esvaziamento da própria acusação, tornando o processo, desde então, carente de seu objeto principal.

Desta forma, com a retirada da pretensão acusatória pelo Ministério, incumbe investigar a possibilidade do julgador emitir decisão condenatória em desfavor do acusado, pois estaria assumindo, sozinho e ao mesmo tempo, as funções acusadora e julgadora sobre os fatos descritos na ação acusatória inicial, tornando totalmente dispensável a ação e o processo penal.

É importante que, neste ponto, busque-se diferenciar ação penal, processo e acusação, para que se evitem pequenas incompreensões da temática. Preceitua o artigo 42 do CPP que o Ministério Público não poderá desistir da ação penal. Pois bem, ensina-nos Paulo Rangel que em razão do princípio da inércia, a ação deflagra a jurisdição. Por outro lado a acusação é a pretensão processual que por sua vez é o objeto do processo. Vejamos o que diz o referido autor sobre o tema: "A ação deflagra a jurisdição e instaura o processo, porém se esgota quando a jurisdição é impulsionada. Agora daqui para frente o que temos é o processo, *não mais a ação*" (RANGEL, 2006, p 61).

Sendo assim, quando o Ministério Público formula pedido absolutório, ele não está desistindo da ação, ele está esvaziando o próprio objeto do processo penal, que é a pretensão acusatória. Cabe-nos nesse ponto mencionar valioso ensinamento de Aury Lopes quando diz que:

> "Sem embargo de tais limitações, entendemos que se o Ministério Público pedir a absolvição (já que não pode desistir da ação) a ela está vinculado o juiz. O poder punitivo estatal está condicionado à invocação feita pelo MP através do exercício da pretensão acusatória. Logo, o pedido de absolvição equivale ao não-exercício da pretensão acusatória, isto é, o acusador está abrindo mão de proceder contra alguém. Como conseqüência, não pode o juiz condenar, sob pena de exercer o poder punitivo sem a necessária invocação, no mais claro retrocesso ao modelo inquisitivo. (LOPES JR., 2008, p. 103)

De maneira resumida, deve-se lembrar que o impulso oficial da jurisdição penal é realizado através de uma análise sintética, onde vige o princípio do "*in dúbio pro societat*", através da qual se busca constatar a certeza da materialidade e o indício da autoria.

De fato, o *parquet*, em momento processual posterior, possui maiores condições de análise de verificação da autoria e da materialidade do que ele tinha quando da propositura da ação, já que no inquérito as provas são produzidas na ausência do contraditório, diferente do que ocorre na fase judicial.

Assim, pode ocorrer de o próprio Ministério Público, no desempenho de suas funções constitucionais, visualizar o pedido de absolvição do acusado diante, por exemplo, da insuficiência de provas, formulando um juízo absolutório em favor do acusado, devidamente expresso em sede de alegações finais.

Como afirmado, com esta atitude, o Ministério Público estaria retirando a acusação contra o acusado, esvaziando o objeto principal do processo penal, qual seja a pretensão acusatória. Pode-se afirmar, então, que, a partir deste momento, não haveria mais qualquer apontamento pelo Ministério Público de uma conduta praticada pelo acusado digna de uma condenação estatal.

Assim, dificilmente se poderia sustentar uma condenação judicial que não violasse a separação das funções acusatória-julgadora defendidas pelo sistema acusatório, ainda que este seja o entendimento de alguns. É certo que, em nosso ordenamento vigente, não cabe ao juiz assumir a função de sustentador da acusação inicial formulada. Ainda que se sustente a separação da ação e do processo, este só se sustenta com a manutenção daquela.

Mesmo nos procedimentos investigativos originários dos Tribunais, verifica-se que aquele magistrado que, excepcionalmente, exerce função de presidente da investigação preliminar, não atua no julgamento principal das condutas criminais apuradas. Isto é lógico, pois privilegia a imparcialidade e o julgamento justo, incólume de pré-julgamentos. Garante amplamente ao acusado a possibilidade de realizar sua defesa.

No entanto, ao se defender uma total vinculação do juiz à manifestação do Ministério Público, também não se estaria concentrando nele a figura do acusador e do julgador de fato, tornando o juiz um mero carimbador da decisão do agente acusador?[12] De outra forma, se o Ministério Público pede absolvição e o juiz fica vinculado a proferir sentença absolutória, da mesma maneira o *parquet* não estaria cumulando também as duas funções: de julgar e de condenar. Qual seria então a solução mais adequada?

De fato, não se pode falar em total equivalência das situações visualizadas acima, pois, ainda que o Ministério Público formule pedido absolutório, a decisão final é a do julgador, que, no entanto, não poderá condenar alguém diante de uma falta de acusação. Assim, o Ministério Público quando pede a absolvição de determinado acusado

[12] Neste sentido, defende Marcos Fonseca Andrade a possibilidade de condenação judicial mesmo diante de um pedido ministerial de absolvição, sustentando que, dentro do sistema acusatório, as partes não estão isentas de sofrerem controle por parte do órgão julgador (ANDRADE, 2008, p. 262).

não acumula a função julgadora, mas exerce plenamente a sua função acusadora no processo penal vigente, marcado pela sua característica de parte imparcial.

Bem, o que se defende até o momento é que, diante de um pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público, o juiz fica impossibilitado de proferir uma sentença penal condenatória em desfavor do acusado, uma vez que o ato processual praticado pelo órgão ministerial retira do processo o seu objeto principal, vinculando, em regra, a atuação judicial.

Fala-se "em regra" pelo fato de que o juiz pode não concordar com a manifestação ministerial. O que fazer então diante do arcabouço normativo pátrio. É preciso pensar numa solução para este caso que encontre total sintonia com o sistema processual-constitucional vigente, pois, como nos lembra Eugênio Pacelli: "(...) em matéria penal, não se disponibiliza a nenhum órgão do Estado a exclusividade na identificação do interesse público" (OLIVEIRA, 2008, p 11).

De maneira geral, percebe-se no sistema processual penal brasileiro, uma constante preocupação do legislador com os equívocos humanos. Pode-se afirmar, assim, que esse sistema também é construído com base no princípio da falibilidade humana. Tanto assim, que prevê uma ampla estrutura recursal, não ficando nem mesmo o pedido de arquivamento do inquérito policial insuscetível de uma reanálise.

Assim, mesmo defendendo a tese da impossibilidade de condenação judicial diante do pedido ministerial de absolvição do acusado, necessário que se construa uma possibilidade de reanálise da posição adotada pelo membro do Ministério Público, que também é passível de erro[13], buscando uma indispensável harmonização sistemática.

Desta forma, a aplicação analógica do artigo 28 do Código de Processo Penal para o caso de formulação pelo Ministério Público de pedido de absolvição se apresenta como uma boa solução. Como na hipótese de arquivamento, se o juiz discordar do pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público, ele deverá remeter os autos ao Procurador-Geral de Justiça. Este poderá concordar com a manifestação ministerial originária e pedir a absolvição, ficando o juiz definitivamente vinculado a esta posição, ou discordar da manifestação do órgão de 1º grau e requerer a condenação do acusado, quando então o juiz poderá proferir sentença condenatória[14].

Neste sentido, diante da manifestação ministerial pela absolvição do réu, qual seria a solução jurídica para o caso? Os profs. Américo Bedê Freire Jr. e Gustavo Senna propõem que o processo seja extinto sem julgamento de mérito por falta do interesse de agir (FREIRE JR.; MIRANDA. No prelo), sustentando a tese da análise superveniente das condições da ação penal. Entretanto, como já visto, o processo é figura independente da ação, havendo inúmeras críticas da importação das noções do processo civil para o processo penal, dentre as quais a do conceito do interesse de agir[15].

Com relação à maneira de extinção do processo, pode-se apresentar outra solução jurídica, que é proposta para fins de uma maior reflexão, que é a de extinguir o processo através de uma sentença extintiva da punibilidade pela perempção com base no artigo 107, IV, do CP.

É cediço que o instituto da perempção é aplicado somente nas ações penais exclusivamente privadas, em virtude do império do princípio da disponibilidade, ao contrário da ação penal pública regida pelo princípio da indisponibilidade.

Entretanto, propõe-se aqui a utilização da perempção nas ações penais pública de forma restrita e especial, ou seja, apenas para a hipótese aventada no artigo 60, III, segunda parte, do Código de Processo Penal, quando o Ministério Público, interpretado analógicamente na figura do ofendido, deixar de formular pedido de condenação nas alegações finais.

Como já afirmado, o pedido de absolvição dá causa à retirada material da acusação, ou, como visto, da pretensão acusatória. E, o que é a perempção clássica senão uma das formas pelas quais o querelante, leia-se neste caso o Ministério Público, pode dispor do conteúdo material do processo? (RANGEL, 2006, p 61).

É claro que a perempção não poderá ser transportada nos demais casos, que em síntese, resumem-se em situações nas quais o querelante abandona o processo, em virtude do já citado princípio da indisponibilidade na ação penal pública, mas não há razões para não utilizá-la neste caso.

Neste sentido são as palavras de Aury Lopes Jr. (2008, p. 104-105) para quem:

> "(...) pedida a absolvição pelo Ministério Público, necessariamente a sentença deve ser de extinção do feito sem julgamento do mérito (ou ao menos absolutória, considerando a lacuna legislativa), pois na verdade o acusador está deixando de exercer sua pretensão acusatória,

---

[13] Não se quer aqui cogitar de desvios intencionais de função na atuação do órgão acusador, mas somente dos casos de simples equívocos, pois naqueles casos a manifestação seria absolutamente nula, passível de responsabilização penal do ato praticado.

[14] Ressalte-se, neste ponto, que melhor seria que a estrutura revisional dos Ministérios Públicos Estaduais fosse equivalente à do Ministério Público Federal, submetendo as manifestações dos órgãos de 1º grau a uma análise colegiada, que no caso do MPF é feita através das Câmaras de Coordenação e Revisão, mitigando uma atuação política nas funções ministeriais.

[15] Neste sentido, ver LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 3ª ed.- Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 333-335.

impossibilitando assim a efetivação do poder (condicionado) de penar. Igual decisão deveria ser tomada a qualquer momento, quando deixar o acusador de exercer a pretensão acusatória (por que pensar a perempção somente na ação penal privada?). Pensamos, inclusive, que analogicamente pode ser aplicada a perempção (especialmente no caso do art. 60, III, última parte, do CPP) também na ação penal pública (...)".

Por fim, e não menos importante, justamente ao contrário, de enorme relevância nas reflexões formuladas, como responder às indagações feitas por Mauro Fonseca Andrade (2008, p. 261) de que a vinculação do juiz ao pedido absolutório do Ministério Público poderia trazer prejuízos maiores para o acusado diante de uma provável absolvição por sua absoluta inocência?

Estaria, assim, este posicionamento fadado a se tornar mais um mecanismo de desrespeito aos direitos fundamentais de cada cidadão, impedindo a declaração judicial da absoluta inocência de um acusado?

Bem, a resposta desta questão proposta é construída sob o raciocínio de que o juiz, no processo penal, possui uma dupla missão, que é desempenhada de forma simultânea: a primeira, que o acompanha desde o início dos trabalhos investigativos, que é a da tutela dos direitos fundamentais, especialmente os da liberdade; e, o segundo, que se refere à formulação isenta do título executivo penal condenatório.

O que se defendeu, até aqui, é a impossibilidade de o juiz constituir este título condenatório na ausência de acusação, o que retiraria a própria imparcialidade judicial, vital para o momento constitucional vivido no país. Entretanto, no desempenho da sua primeira missão, a da tutela dos direitos fundamentais, o juiz não se submete à mesma regra, devendo, inclusive, agir de ofício para sanar qualquer prejuízo mais grave.

Esclarecido estes pontos necessários, imagine que, ao final de determinado processo, o membro do Ministério Público se manifeste pela absolvição do acusado por falta de prova suficiente para condenação (art. 386, VI, do CPP). Diante deste fato, como já defendido, o juiz não poderia proferir sentença condenatória em desfavor do réu, sendo-lhe facultado, no máximo, uma remessa ao órgão superior para uma reanálise do caso.

Entretanto, e se, ao invés de querer condenar, o juiz verificasse a existência de uma causa que permitisse ao acusado uma melhor solução do processo, como, por exemplo, o reconhecimento de uma prescrição? Estaria o juiz absolutamente vinculado à manifestação ministerial?

A vinculação judicial, como defendida, só atua no sentido de inviabilizar uma condenação diante da falta de acusação, e não no sentido de impedir a declaração do melhor direito para o acusado. Não há impedimento para o reconhecimento de direitos do cidadão acusado, que espera que o seu estado de inocência seja totalmente declarado e absolutamente restabelecido.

A questão ganha contornos preocupantes diante de um pedido ministerial que se manifeste pela absolvição do acusado em decorrência de questões puramente processuais, permitindo uma nova investigação futura diante de fatos novos, como, por exemplo, ocorre na absolvição por falta de provas. Neste caso, verificando o juiz a existência de causa para proferimento de um julgamento de mérito que reconhecesse a plena inocência do acusado, ou de alguma outra forma viesse a impedir a abertura de um novo processo, como proceder? Ou seja, tendo o Ministério Público formulado pedido absolutório por falta de provas, poderia o juiz se desvincular de tal manifestação e proferir decisão absolutória mais favorável para o acusado, como, por exemplo, com o reconhecimento de uma prescrição ou de uma decadência?

A resposta deste aparente enigma é fornecida através da tutela judicial dos direitos fundamentais, não podendo se falar em prejudicialidade da manifestação ministerial diante de uma declaração judicial absolutória de mérito, sendo dever do juiz, e direito do acusado, o proferimento de uma decisão que lhe seja mais favorável, desde que plenamente comprovada.

5 CONCLUSÃO

Este artigo teve por finalidade inicial avaliar o caso julgado pela 2ª Turma do STF no HC 83.844/RJ, onde se entendeu que a manifestação final absolutória do Ministério Público no curso de um processo criminal teria uma natureza meramente sugestiva.

Posteriormente, buscou analisar o sistema acusatório no contexto dos sistemas processuais penais, quando se pode verificar que este sistema foi uma reação ao sistema inquisitivo, cujas maiores características são a ausência de contraditório e ampla defesa, o réu como puro objeto do processo, o sigilo das informações, a confecção da prova de forma tarifada e o acumulo das funções de julgar, defender e acusar nas mãos do juiz. Já o sistema acusatório traz a publicidade dos atos, os princípios do contraditório e da ampla defesa, e conseqüentemente uma importante mudança do papel do acusado que passa a ser sujeito de direitos. Quanto à prova, é adotado o sistema da livre persuasão racional. E um agente incumbido de cada tarefa, o autor acusa, o juiz julga e o réu devidamente assistido por uma defesa técnica se defende.

Diante desta explanação, concluiu-se que a regra contida no artigo 385 do CPP deve ser revista à luz do sistema acusatório apresentado acima, pois se o Ministério Público pede absolvição, ele retira a acusação, objeto

principal do processo, e o juiz, ao proferir sentença condenatória, estaria exercendo simultaneamente as funções de julgador e acusador.

Por outro lado, enfrentou também a questão da acumulação de funções pelo Ministério Público quando do pedido de absolvição, tendo se afirmado que o Ministério Público quando pede a absolvição de determinado acusado não acumula a função julgadora, mas exerce plenamente a sua função acusadora no processo penal vigente, marcado pela sua característica de parte imparcial.

Assim, defendeu-se a plena impossibilidade de o juiz proferir sentença condenatória diante de um pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público. Entretanto, diante da sistemática do ordenamento pátrio, no qual vige o princípio da falibilidade humana sustentou-se a possibilidade de revisão da manifestação emitida pelo órgão ministerial de 1° grau, com aplicação analógica do art. 28 do CPP, devendo o processo ser remetido ao órgão superior para confirmação ou não da manifestação inicial.

Ainda, enfrentou a natureza jurídica da decisão judicial que acatasse a manifestação ministerial, tendo, inicialmente, identificado que Américo Bedê Freire Júnior e Gustavo Senna (FREIRE JR.; MIRANDA. No prelo), sugerem que o processo seja extinto sem julgamento de mérito por falta do interesse de agir, o que possui algumas críticas na doutrina brasileira.

De forma alternativa a esta, foi proposta solução pela extinção do processo através de uma sentença extintiva da punibilidade por perempção, com base no artigo 107, IV, do Código Penal. Afirmou-se que, embora a perempção seja instituto das ações penais exclusivamente privadas, é possível a sua utilização nas ações penais públicas apenas de forma restrita, somente na hipótese em que o Ministério Público formular pedido de absolvição.

Por fim, concluiu, também, que a vinculação judicial, como defendida, só atua no sentido de inviabilizar uma condenação diante da falta de acusação, e não no sentido de impedir a declaração o melhor direito para o acusado. Não há impedimento para o reconhecimento de direitos do cidadão acusado, que espera que o seu estado de inocência seja totalmente declarado e absolutamente restabelecido.

Desta forma, havendo possibilidade de se julgar o processo mais favoravelmente ao acusado, não se pode falar em prejudicialidade da manifestação ministerial, sendo dever do juiz, e direito do acusado, o proferimento de uma decisão que lhe seja mais favorável, desde que plenamente comprovada.

Conclui-se, por fim, que o julgamento proferido pela 2ª Turma do STF no HC 83.844/RJ não considerou toda a complexidade do problema envolvendo a formulação ministerial de pedido de absolvição, não tendo esta manifestação natureza meramente sugestiva, mas impeditiva de constituição de título executivo judicial condenatório.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Papel do Novo Juiz no Processo Penal. In: _____ (Coord.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 3.

FREIRE JR, Américo Bedê. *Da impossibilidade do juiz condenar quando há o pedido de absolvição formulado pelo ministério público*. Boletim IBCCrim. São Paulo, a. 13, n. 152, p. 19, jul. 2005.

FREIRE JR., Américo Bedê; MIRANDA, Gustavo Senna. *Os princípios constitucionais do processo penal*. (No prelo).

JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública*: princípio da obrigatoriedade. 3ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 1998.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 3ª ed.- Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

_____. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 10ª ed.- Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório:* a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

084

A PARTICIPAÇÃO DA SOCIEDADE E DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA PÚBLICA NO PARADIGMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Pedro Ivo de Sousa

Promotor de Justiça/ES

SUMÁRIO: 1. SÍNTESE DOGMÁTICA. 2. REFLEXÕES INTRODUTÓRIAS. 3. FIXANDO A DEFINIÇÃO DEMOCRÁTICA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA PÚBLICA NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO. 4. A PARTICIPAÇÃO DA SOCIEDADE E DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA PÚBLICA NO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. 5. DESTAQUES CONCLUSIVOS. 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. SÍNTESE DOGMÁTICA

1) O direito à segurança pública é um direito fundamental assegurado a todo e qualquer cidadão, sendo um dever do Estado, que pode ser efetivado nas dimensões individual, coletiva e difusa.

2) A sociedade também é responsável pela efetivação do direito fundamental à segurança pública, devendo ser estimulados espaços democráticos que garantam a participação social.

3) O Ministério Público deve estimular a participação da sociedade no enfrentamento dos problemas sociais, seja na identificação dos problemas ou na construção das soluções, de forma a produzir resultados democraticamente legítimos.

4) A participação social produz diversos efeitos positivos, sejam eles judiciais ou extra-judiciais, podendo, inclusive, definir adequadamente a causa de pedir e os pedidos da ação civil pública necessária para buscar a tutela judicial do direito fundamental à segurança pública.

2. REFLEXÕES INTRODUTÓRIAS

O avanço dos sistemas constitucionais típicos do constitucionalismo moderno proporcionou, além do surgimento de novos direitos fundamentais, uma releitura do significado de vários outros direitos fundamentais já existentes[1]. Dentre estes, pode-se destacar o avanço obtido no sentido dos próprios direitos clássicos da liberdade e da igualdade, que deixaram de ter significados meramente formais para alcançarem definições que garantissem a sua aplicação de uma forma socialmente concreta.

De fato, ao se permitir redefinir as dimensões de vários direitos fundamentais, o constitucionalismo moderno, através da evolução do Estado liberal, do Estado social e Estado democrático de direito, proporcionou o surgimento

[1] Neste sentido, Menelick de Carvalho Netto (2000, p. 480) destaca, por exemplo, que: "Mudanças profundas também de toda ordem conformam a nova sociedade de massas que surge após a 1ª Guerra Mundial e, com ela o novo **paradigma constitucional do Estado Social**. [...] Não se trata apenas de acréscimo dos chamados direitos de segunda geração (os direitos coletivos e sociais), mas inclusive da redefinição dos de 1ª (os individuais); [...] O Estado assume toda a dimensão do público e tem que prover os serviços inerentes aos direitos de 2ª geração à sociedade, como saúde, educação, previdência, mediante os quais alicia clientelas." Também neste sentido, Habermas (2003, p. 120) afirma que: "Certamente o direito privado passa por uma reinterpretação, quando da mudança de paradigma do direito formal burguês para o do direito materializado do Estado social. No entanto, essa reinterpretação não pode ser confundida com uma revisão dos princípios e conceitos fundamentais, os quais apenas são reinterpretados de maneira diferente quando os paradigmas mudam".

de novos giros hermenêuticos que buscaram, e, frise-se, ainda buscam, conferir a estes direitos fundamentais uma maior aplicação prática.

Com o direito fundamental à segurança pública não foi diferente. Do início do constitucionalismo até os tempos hodiernos, é possível identificar um sensível progresso em sua definição que permite buscar estabelecer o seu atual sentido democrático no paradigma do Estado democrático de direito, sendo este um dos principais intuitos do presente estudo.

Entender o avanço do constitucionalismo moderno abrange também a compreensão da própria evolução da participação da sociedade nas decisões jurídico-políticas de cada nação, de forma a visualizar o funcionamento sistema vigente em função da sociedade e de cada indivíduo, e não o contrário.

Assim, nesta nova e atual dimensão do direito fundamental à segurança pública, fica evidente a necessidade de se captar o real papel da sociedade e do Ministério Público na sua materialização, que não deve mais ser vista somente como responsabilidade do Estado, mas como responsabilidade de todos, Estado e sociedade, ainda que dever do Estado.

Pelo pouco já exposto, é possível verificar que a pesquisa a ser desenvolvida adiante é instigante e essencial para o fortalecimento e sobrevivência da própria sociedade atual, organizada num sistema que respeita tanto os direitos fundamentais como também a forma democrática deliberativa das decisões sociais, sendo este, portanto, um convite ao leitor para uma reflexão sobre os escritos a seguir.

3. FIXANDO A DEFINIÇÃO DEMOCRÁTICA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA PÚBLICA NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

A CRFB/88 possui diversos textos que tratam do direito fundamental à segurança pública. Já em seu preâmbulo, os constituintes evocaram a segurança pública como objeto de tutela constitucional. Também o *caput* do art. 5º retrata a preocupação do povo brasileiro em resguardar a segurança pública como direito fundamental, individual e coletivo, o que se repetiu na norma descrita no art. 6º, *caput*, que descreve os direitos sociais protegidos constitucionalmente[2].

Especificamente, a segurança pública é tratada no Título V da CRFB/88, que tem como cabeçalho "Da defesa do Estado e das instituições democráticas", sendo que em seu capítulo III, no art. 144, garante que "A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I – polícia federal; II – polícia rodoviária federal; III – polícia ferroviária federal; IV – polícias civis; V – polícias militares e corpos de bombeiros militares.".[3]

Da análise literal dos dispositivos que tratam isoladamente da segurança pública, uma interpretação equivocada poderia ser levantada: a de que a segurança pública não poderia ser considerada um direito fundamental, vez que os direitos fundamentais tratados no art. 5º da CRFB são inerentes aos indivíduos e não ao Estado, como parece indicar o título onde a segurança pública é objetivamente disciplinada. É nesta linha de raciocínio que alguns chegam, até mesmo, a afirmar que o significado do termo segurança contido nos arts. 5º e 6º se restringiria à segurança jurídica, não envolvendo a segurança pública[4].

Entretanto, no exercício da interpretação construtiva da teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin[5], em pleno paradigma do Estado democrático de direito, reputa-se inconcebível se tratar de segurança pública como direito/dever exclusivo do Estado em face dos seus cidadãos, como se a ordem pública fosse um conceito decidido unicamente pelo Estado, sem a participação da sociedade. Assim, importa erigir, neste momento, uma concepção de segurança pública que seja não somente um mecanismo de defesa do Estado, mas, muito mais, um direito fundamental de cada cidadão e de toda a sociedade, devendo, inicialmente, se buscar a formulação do significado dos direitos fundamentais na evolução constitucional.

Neste sentido, importa reconhecer, primeiramente, que buscar o real conceito de direitos fundamentais é algo de difícil ciência, pois como observado por Ingo Sarlet (2007, p. 90): "Qualquer conceituação – e são inúmeras as definições que aqui poderiam ser citadas – de direitos fundamentais que almeje abranger de forma definitiva, completa e abstrata (isto é, com validade universal) o conteúdo material (a fundamentalidade material) dos direitos fundamentais está fadada, no mínimo, a um certo grau de dissociação da realidade de cada ordem constitucional individualmente considerada".

Conforme lições de Canotilho, pode-se ver que os "direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaciotemporalmente" (CANOTILHO, 2003, p. 393). Neste passo, para o jurista gaúcho Ingo Sarlet (2007, p. 91), considerando as particularidades do sistema jurídico pátrio, poder-se-ia dizer que:

---

[2] A propósito do tema segurança pública e sua trajetória políticas nos últimos 20 anos, imperdível a leitura de DORNELLES, João Ricardo Wanderley. *Conflitos e segurança*: entre pombos e falcões. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

[3] Como afirma Valter Santin (2004, p.78) "o direito à segurança pública enfeixa uma gama de direitos, pela sua característica de liberdade pública e até mesmo componente do direito da personalidade, por conter relações públicas e privadas, seja nas prestações estatais positivas e negativas como no respeito mútuo dos cidadãos à incolumidade e patrimônio alheios e na contribuição à preservação da ordem pública".

[4] Sobre a segurança jurídica, ver: SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

[5] Neste sentido, ler DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

> Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal.

Com a criação de um sistema protetivo e organizatório do Estado, que se passou a denominar de constitucionalismo[6], os direitos fundamentais passaram a tomar importante espaço na dinâmica das relações envolvendo o Estado e a sociedade, inicialmente, sendo inserido também nas próprias relações privadas que envolviam somente os indivíduos. Assim, naturalmente a própria concepção dos direitos fundamentais foi se sofisticando, ganhando contornos de complexidade e de racionalidade, que se adequavam com o momento em que a sociedade vivia em cada espaço próprio, havendo, então, uma evolução no seu conteúdo, que passou a ser classificado em dimensões[7] ou gerações[8], sendo que, atualmente, já se fala em até cinco dimensões[9].

A questão posta, então, é como se compreende o direito fundamental à segurança pública e se ele, realmente, é tão fundamental como se tem tratado até o presente momento. Seria o direito fundamental à segurança pública um direito exclusivo do Estado, de um grupo de pessoas ou de cada indivíduo? O direito fundamental à segurança pública poderia ser considerado como um direito autônomo ou somente poderia ser entendido como um direito dependente? A resposta a estas questões permitirá construir a exata concepção do direito fundamental à segurança pública.

Como se sabe, o olhar do observador jurídico de hoje não pode desconsiderar os fatos passados. Por isto, compreender a atual noção do direito fundamental à segurança pública é fazer uma reconstrução do passado, no intuito de se compreender como este direito era tratado[10].

Especificamente em relação ao direito fundamental à segurança pública, cabe ressalvar que o mesmo sempre esteve presente na história da humanidade, desde a época tribal (SANTIN, p. 76), sendo estritamente ligado à noção de dominação humana. É possível afirmar que, classicamente, importava se garantir a segurança da classe dominante. Assim foi na época dos impérios, dos feudos, das monarquias, sendo que o constitucionalismo moderno não começou de forma diferente.

No período do Estado liberal, sob o domínio dos direitos às liberdades clássicas, ainda que expressamente disciplinado em diversos documentos, tais como no art. 3º da Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, e no art. XII da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, pode-se afirmar que, sob o manto da segurança ofertada pelo Estado, somente um pequeno grupo de pessoas era efetivamente protegido. Isto se justifica pelo fato de que a idéia de limitação do poder estatal restringia as atividades exercidas por este novo modelo de Estado e de que a pouca segurança apresentada servia somente aos interesses das classes politicamente dominantes, especialmente à burguesia[11], afastando todo o resto da sociedade da possibilidade de desfrutar deste serviço que deveria ser prestado ao povo. De fato, a liberdade clássica do período liberal era garantida individualmente por quem conseguia desenvolver a sua própria segurança, por ser detentor de recursos financeiros suficientes para arcar com os custos. Imperava, neste momento, uma visão de segurança pública como direito do Estado de impor um comportamento rígido aos seus cidadãos e tão somente isto.

Faltava a este liberalismo, nos dizeres de Paulo Bonavides (2004, p. 13), uma dimensão teórica *objetiva*, o que terminou por acentuar as desigualdades sociais e impedir o acesso da população carente a uma gama considerável de direitos.

Também no Estado Social o direito fundamental à segurança pública esteve presente em diversos documentos políticos, em especial, no art. 5º do capítulo II da Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, de 1918. A partir deste momento, como já observado, o Estado assumiu uma função prestacional, sendo que o direito

---

[6] Geovany Cardoso Jeveaux (2008, p. 3) diz que "Constituição e constitucionalismo são, portanto, coisas diferentes: enquanto a primeira representa o ordenamento de um estado, o último significa um movimento constitucional do liberalismo."

[7] Sobre o assunto, ver: BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

[8] Não são desconhecidas as críticas ao uso do vocábulo "gerações", sendo que, por este motivo, passaremos a adotar o vocábulo dimensões. Sobre o tema, ver: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. rev. e atual. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 54 e ss. e GALINDO, Bruno. *Direitos Fundamentais*. 1ª. ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 57. Há ainda as críticas às dimensões que podem ser analisadas em TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 460-461.

[9] Paulo Bonavides fala no direito à paz como direito fundamental da quinta geração. Ver: BONAVIDES, Paulo. *O direito à paz como direito fundamental da quinta geração*. In: Revista Interesse Público - N. 40 - Nov./Dez. 2006, p. 15 a 22.

[10] Neste sentido é que Valter Santin (2004, p. 78) afirmou que: "Em qualquer análise de geração ou onda de direitos não se pode prescindir da inclusão e atenção do direito à segurança pública, pela sua grande importância para a vida em sociedade, principalmente no momento atual em que a violência e a criminalidade explodem no mundo e no Brasil, especialmente em nossas cidades grandes e médias, em que até sair de casa para ir à esquina tomar um ar ou comprar leite e pão virou uma aventura de alto risco, mesmo nos bairros outrora tranqüilos e seguros".

[11] Paulo Bonavides nos ensina com maestria o caminho percorrido pela burguesia para a tomada do poder político em sua obra *Do Estado liberal ao Estado social*. 7ª. ed. – São Paulo: Malheiros, 2004.

fundamental à segurança pública passou a ser entendido sob uma nova perspectiva, a da igualdade material. Ocorre que, ainda assim, por ser fruto de um processo decisório unilateral, este direito fundamental foi, no máximo, assegurado a certas categorias de pessoas, não sendo totalmente encarado como dever-poder, incapaz de conferir ao indivíduo o direito de exigir do estado uma prestação positiva de segurança pública.

Com o advento do Estado democrático de direito e com a evolução dos direitos fundamentais, agora entendidos em suas 3ª, 4ª e 5ª dimensões, conforme antes relatado, o direito fundamental à segurança pública adquire traços marcantes de efetivação igualitária. Passa-se a entendê-lo como decorrência natural da busca da paz e da proteção da vida, liberdade e segurança pessoal (art. 3º. da Declaração Universal dos Direitos Humanos), sendo encarado agora como um direito difuso, que deve ser assegurado, indiscriminadamente, a toda a sociedade, que é detentora do direito de judicializar o Estado no sentido de lhe conferir concretamente o seu direito fundamental à segurança pública.

Diante desta análise histórica, torna-se incabível entender que o direito fundamental à segurança pública possa pertencer somente ao Estado ou a um grupo de pessoas, pois cada indivíduo é detentor deste direito[12]. Assim, é que as normas constitucionais devem ser interpretadas conjuntamente para que o seu verdadeiro sentido possa ser extraído de todo o corpo normativo.

Da noção do direito fundamental à segurança pública como direito de defesa do Estado (Título V da CRFB/88), como direito conferido a um grupo de pessoas (art. 6º *caput* da CRFB/88) e como idéia de tutela de cada indivíduo (art. 5º da CRFB/88), é que a leitura do art. 144 da CRFB/88 permite conceber o direito fundamental à segurança pública como um "direito e responsabilidade de todos"[13]. Apresenta como signo característico o *dever* do Estado em prestar o serviço público necessário, que não pode ser interpretado como um mero poder ou favor, sendo que o conteúdo da preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio é fruto de um processo democrático de participação social.

Assim, muito embora alguns estudiosos queiram limitar o direito à segurança pública em alguma das dimensões referidas acima[14], qualquer análise sincera sobre as dimensões dos direitos fundamentais constatará a imprescindibilidade do direito à segurança pública em todas elas, ganhando coloridos especiais em cada dimensão, que garantiram, e garantem, a sua melhor efetividade.

O direito de cada cidadão, inclusive daqueles que se encontram presos, de ter a sua incolumidade física preservada, o de um grupo de funcionários de certo estabelecimento prisional de desempenhar as suas funções com um mínimo de segurança, o de moradores de um bairro onde existe uma unidade prisional de contar com um sistema penitenciário que não exponha as suas vidas em perigo, e de toda uma sociedade de ver o sistema presidiário penal funcionando de maneira eficiente ao ponto de impedir a proliferação da criminalidade e de devolver ao seu convívio cidadãos, e não delinqüentes mais experientes, demonstram que o direito à segurança pública não pode ser concebido como um direito estanque à alguma dimensão ou onda de direito fundamental[15].

Neste sentido, Alexy (2008, p. 248 e ss.) adverte o intérprete para que vislumbre o dinâmico *direito fundamental completo*, que para ele, numa versão simplificada poderia ser concebido como um "feixe de posições de direitos fundamentais"[16]. Desta forma, o direito fundamental à segurança pública, no paradigma atual, deve ser observado e concretizado com a amplitude e complexidade que lhe são peculiares, não desconsiderando os atores e os destinatários do sistema, em todas as suas perspectivas.

O avanço nos estudos das questões propostas revela que, ainda que alguns se oponham, o direito à segurança pública deve ser considerado, sim, um direito fundamental, pois além de gozar deste *status* formal,

---

[12] Por esta distinção perpassa a divisão entre as duas concepções modernas de segurança pública: uma voltada para a idéia de *combate* e a outra centrada na noção de *prestação de serviço público*. Sobre o assunto ver: SOUZA NETO, Carlos Pereira de. A segurança pública na Constituição Federal de 1988: conceituação constitucionalmente adequada, competências federativas e órgãos de execução das políticas. Revista Eletônica Atualidades Jurídicas. Ano I, nº 1, mar./abr., Brasília, OAB Editora, 2008. Ver também: DORNELLES, João Ricardo Wanderley. Violência urbana, direitos da cidadania e políticas de segurança no contexto de consolidação das instituições democráticas e das reformas econômicas neoliberais. *Discursos Sediciosos*, n. 4, 1997; SULOCKI, Vitória Amélia de B. C. G.. *Segurança pública e democracia: aspectos constitucionais das políticas públicas de segurança*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007; MUNIZ, Jacqueline e; PROENCA JUNIOR, Domínio. Os rumos da construção da polícia democrática. *Boletim IBCCrim*, v. 14 , n. 164, jul. 2006.

[13] Ana Lucia Sabadell (2003, p. 5) afirma que: "O conceito de segurança pública deve ser assim reformulado para que se possa afrontar as demandas de segurança dos cidadãos, das quais se deve ocupar o Estado: fornecer as condições necessárias para a tutela efetiva de todos os direitos fundamentais e de todos seus titulares, acordando particular atenção aos socialmente fracos que mais precisam da intervenção protetora do Estado".

[14] Por exemplo, Carreira Alvin considera o direito fundamental à segurança pública como um direito difuso (ALVIM, J. E. Carreira. Ação civil pública e direito difuso à segurança pública. Jus Navegandi, Teresina, ano 7, n. 65, maio 2003. Disponível em: <HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4079>. Acesso em: 01 out. 2008).

[15] Como afirma Luiz Eduardo Soares (2006, p. 110): "Ou haverá segurança para todos, ou ninguém estará seguro. As soluções têm de ser válidas para todos. E, para serem eficazes, têm de enfrentar o problema em todos os seus vários aspectos, ao mesmo tempo".

[16] Explica Alexy (2008, p. 251) que, no conceito de *direito fundamental completo*, as normas e posições "podem ser divididas a partir de três perspectivas: (1) de acordo com as posições de que se trate no sistema de posições jurídicas fundamentais; (2) segundo seu grau de generalidade; e (3) segundo se trate de posições com caráter de regras ou de princípio ou, respectivamente, de posições definitivas ou *prima facie*".

estando inserido expressamente no título que trata dos direitos e garantias fundamentais, também possui conteúdo material suficiente para garantir que seja classificado como um direito fundamental.

Como pensar no exercício da liberdade sem a garantia da segurança pública nos dias atuais? E o direito à dignidade humana e à vida? Pode-se concluir assim que o direito fundamental à segurança pública apresenta ligações com diversos direitos fundamentais, fazendo parte de um elenco importante de direitos do paradigma do Estado democrático de direito[17].

Apesar desta relação próxima com outros direitos fundamentais, não deve o direito fundamental à segurança pública ser entendido como uma extensão, como conseqüência, ou como dependente de algum outro direito fundamental. O sentido é de complementação e não de dependência, razão pela qual o direito à segurança pública deve ser visto como um direito fundamental independente[18].

Considerando todo o exposto, pode-se afirmar que, no atual paradigma do Estado democrático de direito, o direito à segurança pública deve ser compreendido como um direito fundamental autônomo garantido igualitariamente a cada cidadão do país, portanto universal, devendo ser prestado eficientemente como um dever do Estado[19], numa perspectiva humana e democrática, que privilegie a prevenção e não a repressão, sendo indispensáveis as palavras de Carlos Roberto Siqueira Castro quando afirma que:

> Uma concepção democrática de segurança coletiva haverá, indispensavelmente, de abrir o debate da conflitualidade social, substituindo o tratamento puramente repressivo que tenha sido dado aos comportamentos infracionais por novas formas de composição de conflitos e de suprimento das necessidades humanas. (...). Sobressai nessa democrática contextualização da segurança pública a participação do cidadão, a integração da comunidade na gestão das instituições policiais e carcerárias, a ênfase na atuação preventiva, as propostas de solução inspiradas na visão globalizante de cada foco de criminalidade, a acessibilidade de todo o povo aos serviços policiais, o desestímulo a punição e a reparação das práticas policiais abusivas, além do respeito aos direitos humanos e constitucionais de todas as pessoas, sobretudo sem exclusão daqueles que sobrevivem em níveis de miséria e de subcidadania, simbolizados nas populações dos guetos de orfandade social, das favelas e do cárcere. A questão da segurança pública não pode ser encarada sob a ótica simplista da maior ou menor eficiência dos instrumentos de repressão, mas sim ser analisada de forma contextualizada e inter-disciplinar, à luz dos compromissos constitucionais imantados no art. 3º da Constituição da República, em especial no que toca à construção de uma sociedade livre, justa e democrática, à erradicação da pobreza e da marginalização, à redução das desigualdades sociais e regionais e à promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (CASTRO, 2003, p. 273-274)

De fato, ao se falar em direito à segurança pública no Estado democrático de direito, almeja-se é que o mesmo seja concretizado pelo Estado de forma eficiente, criando-se possibilidades sólidas de prevenção da ocorrência de condutas ilícitas. No cumprimento de seu dever, entende-se que este serviço deva ser prestado pelo Estado de modo a conseguir dar respostas eficazes tanto aos "crimes de gabinetes" como aos "crimes de rua", que são geralmente praticados pela população mais carente.

A se perpetuar a crise do atual sistema de segurança pública, que não consegue sequer dar respostas aos crimes pontuais, o Estado continuará a desenvolver ações típicas de "enxugar gelo", pois concentra suas atividades, quase sempre, nos crimes que são conseqüências de ações criminosas nefastas de grandes danos sociais, econômicos

---

[17] Sobre os sentidos formal e material dos direitos fundamentais, vide MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV. 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. Gilmar Ferreira Mendes afirma que: "os direitos e garantias fundamentais, em sentido material, são pois, pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade humana" (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 237).

[18] Não se nega aqui a influência dos demais direitos fundamentais na garantia do direito fundamental à segurança pública. Assim, o direito à educação, à saúde, a assistência, dentre outros, guardam forte influência sobre o resultado definitivo do direito fundamental à segurança pública, o que não significa que o mesmo possa ser resumido a um conjunto dos demais direitos fundamentais. Afinal de contas, se qualidade de vida e excelentes condições sociais garantissem absolutamente a diminuição da criminalidade e da violência, não teríamos históricos de crimes envolvendo as camadas sociais mais altas da sociedade, como nos casos de tráfico de drogas praticados pelos filhos da classe média, nos casos dos crimes econômicos envolvendo grandes empresários do país e nos casos de corrupção praticados por políticos esclarecidos e providos de excelentes condições sociais e econômicas. Luiz Eduardo Soares (2006, p. 112) aponta como um equívoco da esquerda no tratamento de segurança pública a defesa da idéia de que "o crime é sintoma, é conseqüência e, portanto, secundário. Melhor seria deixá-lo de lado e tratar das causas, isto é, da economia, da educação, do emprego e das desigualdades sociais. Claro que relações existem, mas a fórmula causa-conseqüência é simplista e falaciosa".

[19] Ao se afirmar que a segurança pública é um direito fundamental de cada cidadão, entende-se que a mesma deva ser prestada através do serviço público eficiente, negando-lhe o caráter de mera atividade de polícia administrativa pertencente exclusivamente ao Estado no atendimento dos seus interesses. Para a caracterização da segurança como serviço público, ver: SANTIN, Valter Foleto. *Controle judicial da segurança pública*: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime. São Paulo: RT, 2004.

e políticos[20]. Simplificando, enquanto as atenções do Estado estiverem praticamente voltadas para os crimes típicos contra a vida e o patrimônio, fica extremamente inviável conseguir responsabilizar, por exemplo, os agentes que cometem os grandes crimes de sonegação fiscal e de desvio de dinheiro público, estes sim os grandes delitos contra toda a vida e patrimônio sociais, com repercussões incalculáveis, que escravizam, matam e subtraem o patrimônio e o sonho de milhares e milhares de brasileiros[21].

Por outro lado, é possível afirmar que a eficiência do serviço público de segurança se mede pela capacidade de prevenir e de reprimir todos os tipos de condutas delituosas, principalmente as ações criminosas de grande poder de dano da estrutura social, e não somente ações pontuais envolvendo discórdias conjugais ou de vizinhança. A aptidão para responsabilizar os agentes praticantes de crimes de grandes proporções sociais, econômicas e políticas é que se requer de um sistema de segurança pública eficiente sob o manto do atual paradigma democrático.

É importante também entender que a redução ou o aumento da criminalidade e da violência nem sempre terão uma relação direta com as atividades desenvolvidas pelo Estado para preservação da segurança pública, pois muitas são as contingências que interferem no resultado final. Assim, a luta a ser travada se reflete mais na questão da garantia de possibilidades do que na de resultados.

Assim, independentemente dos índices e resultados da criminalidade e da violência, a atuação do Estado na prestação do serviço público eficiente deve estar focada na criação e manutenção de possibilidades de resolução dos problemas.

Pensar o Estado nos dias atuais é entender que as especializações das funções públicas servem para garantir ao povo o cumprimento dos compromissos constitucionais, sendo que a decisão sobre a adequada prestação de políticas públicas não deve ficar restrita a um ato de vontade isolado dos "donos do poder".

Uma vez que a CRFB/88 estabelece comandos normativos claros de dever de cumprimento e de direito à segurança pública, o Estado pode ser provocado judicialmente a prestar eficientemente este serviço, ao menos para garantir o mínimo necessário para o bom desenvolvimento das atividades, no intuito de salvaguardar os direitos fundamentais individuais, coletivos ou difusos, sempre numa análise concreta. Este mínimo necessário deve ser o suficiente para garantir a prestação adequada do serviço público de segurança pública, de forma a estabelecer possibilidades concretas de prevenção e de repressão à criminalidade alarmante no país[22].

Traçadas estas primeiras considerações, o ponto seguinte no desenvolvimento desta pesquisa se refere à análise do papel da sociedade e do Ministério Público na materialização do direito fundamental à segurança pública.

4. A PARTICIPAÇÃO DA SOCIEDADE E DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA PÚBLICA NO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Com absoluta certeza, afirma-se que a maior razão do advento do paradigma constitucional do Estado democrático de direito se deve ao incremento da participação social nas deliberações e nas decisões públicas. O insucesso do modelo do Estado social se deve mais a falta desta participação social do que ao não cumprimento de suas promessas, até mesmo por que tais promessas não se concretizaram justamente pela ausência da oitiva dos afetados no processo de decisão que determinava a materialização de diversos direitos fundamentais.

No atual Estado democrático de direito, não se concebe mais a idéia de que o Estado seja o único fomentador de políticas públicas, como se idealizava no Estado social, pois a sociedade civil é chamada, cada vez mais, para exercer sua cidadania através de construções dialogadas. Assim, a sociedade civil deixa de ocupar um papel estagnado e limitado de destinatária de políticas públicas, para exercer uma função de autora na formulação destas políticas, o que lhe fornece uma emancipação nas suas escolhas (HABERMAS, 2003, p. 159).

---

[20] Neste sentido é que Lenio Luiz Streck e Luciano Feldens (2003, p. 45) afirmam que: "no campo do Direito Penal, em face dos objetivos do Estado Democrático de Direito estabelecidos expressamente na Constituição (erradicação da pobreza, redução das desigualdades sociais e regionais, direito à saúde, proteção do meio-ambiente, proteção integral à criança e ao adolescente, etc.), os delitos que devem ser penalizados com (maior) rigor são exatamente aqueles que, de uma maneira ou outra, obstaculizam/dificultam/impedem a concretização dos objetivos do Estado Social e Democrático. Entendemos ser possível, assim, afirmar que os crimes de sonegação de tributos, lavagem de dinheiro e corrupção (para citar apensa alguns) *merecem do legislador um tratamento mais severo que os crimes que dizem respeito às relações meramente interindividuais* (desde que cometidos sem violência ou grave ameaça)".

[21] É preciso ter em mente que o neoliberalismo, relativamente à segurança pública, apresenta-se numa postura dinâmica que se manifesta num duplo movimento, representado, por um lado, na dissolução das conquistas do estado social, e por outro, na hipertrofia do controle penal repressivo, gerando aumento da exclusão social, num movimento perceptível de transição do Estado social para o Estado penal. Sobre o tema, ver WACQUANT, Loïc. A ascensão do Estado penal nos EUA. *Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade,* n. 11, 2002.

[22] Mais uma vez se ressalta que não se desconsidera que, no resultado final das ações desempenhadas, nem sempre a execução adequada destes serviços permitirá que a sociedade desfrute de uma diminuição dos índices de violência, vez que são muitos os fatores que interferem na questão da criminalidade. Isto, ao contrário do que possa parecer, não deve diminuir os esforços de uma proteção adequada do direito fundamental à segurança pública, sendo vital que as possibilidades de desempenho adequado destas atividades sejam garantidas na prática.

Para Habermas, a decisão fundamentada e obrigatória sobre políticas e leis deve ser extraída de um procedimento equilibrado que envolva a opinião popular e a vontade parlamentar, considerando o pluralismo político e a "formação informal da opinião na esfera pública política, aberta a todos os cidadãos", mesmo que nem todos os cidadãos possam participar dos debates. O princípio da soberania popular teria, assim, seu conteúdo esgotado através do "*princípio que garante esferas públicas autônomas* e do *princípio da concorrência entre os partidos*" (HABERMAS, 2003, p. 213-214). Neste contexto, importante então se meditar sobre as formas de participação da sociedade no desenvolvimento de políticas de segurança pública, como forma de se efetivar este direito fundamental.

Assim, inicialmente, pode-se afirmar que esta participação ocorre de maneira representativa, pois os representantes eleitos pelo povo exercem o seu poder de forma a planejar e a executar as políticas públicas, especialmente, neste caso, as relacionadas com a segurança pública. Mas isto é muito pouco no cenário atual de uma sociedade plural e complexa, que ainda atravessa uma crise de representatividade política, que é ocasionada por diversos fatores.

O fato é que a sociedade requer cada vez mais uma maior participação nas decisões políticas sobre as situações que lhe afligem, de maneira que possa expressar suas vontades, construindo a problemática a ser enfrentada e as soluções que serão utilizadas. É por este motivo que Habermas faz o alerta para que as atenções públicas estejam focadas para os canais de comunicação.

Desta forma, convém destacar a importância dos conselhos municipais de segurança pública, que se tornaram imprescindíveis para o enfrentamento das crises sociais envolvendo a temática da segurança pública.

Para se demonstrar a importância dos conselhos municipais de segurança pública como uma nova área democrática de discussão e deliberação dos problemas sociais, nada melhor que se fazer uma menção a um caso concreto, que pode auxiliar na exata compreensão do afirmado.

Este caso, que se passará chamar de caso Jaguaré[23], ocorreu no município de Jaguaré, situado no norte do Estado do Espírito Santo, onde havia um grave problema de segurança pública. O problema era tão sério que, segundo os índices oficiais da época, este município era relacionado entre os municípios mais violentos do Estado, considerando o número de homicídios por ano, fazendo com que Jaguaré, um cidade de pouco mais de 20 mil habitantes, "competisse" com cidades vizinhas, que possuíam mais do que o dobro de sua população.

Por este motivo, cansada dos problemas enfrentados com o aumento da criminalidade e da violência local, buscando encontrar uma solução para o problema de segurança pública do município, a população desta cidade procurou o Ministério Público na esperança de que ele resolvesse o caso.

De fato, após o encontro com diversos cidadãos e autoridades públicas de Jaguaré, o Ministério Público identificou que a cidade tinha um problema agudo com a falta de cadeia pública local. Conforme se apurou, a cadeia pública local foi desativada por falta de número suficiente de policiais para administrá-la. Em razão deste fato, os presos desta comarca eram transferidos para cidades vizinhas.

Este problema da desativação da cadeia pública local terminou por gerar outro: o de falta de vagas para recolhimento de presos. A situação era tão complicada que começou a afetar a própria condução das atividades judiciais na cidade, uma vez que o Judiciário e o Ministério Público não podiam contar com as vagas necessárias para efetivação das prisões cautelares necessárias. Obviamente, em diversos casos, a impossibilidade de efetivação de prisões cautelares aumentou o risco para ordem pública de Jaguaré.

Diante deste caos, o Ministério Público desenvolveu uma forma de atuação que, na verdade, revelou uma experiência de duas vias, sendo que uma via será chamada de via unilateral e a outra de via democrática.

Pela via unilateral, entendeu o Ministério Público por buscar reativar a cadeia pública municipal. Após tomar as medidas pré-processuais pertinentes, ajuizou uma ação civil pública em desfavor do Estado do Espírito Santo com pedido de determinação judicial de obrigação de fazer consistente na recuperação da cadeia pública. A causa de pedir apontada na ação foi o direito fundamental à segurança pública da população, afetada pelos obstáculos à efetivação das prisões cautelares quando necessárias, bem como o direito dos próprios acusados, de permanecerem na comarca onde residem e foram capturados por ordem judicial.

É bem verdade que, sob esta via, existia uma grande potencialidade de uma solução mais célere, pois dependeria somente da atuação eficiente do Ministério Público e do Judiciário. Acontece que, por outro lado, esta forma de atuação apresentava uma ótica unilateral do Estado, típica do paradigma do Estado Social, com todas as suas falhas peculiares.

[23] Como exemplo do potencial resolutivo da atuação do Ministério Público como "agente fomentador da gestão democrática dos problemas sociais", o caso Jaguaré foi apresentado e analisado pelo Professor do Programa de Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, Doutor Alexandre de Castro Coura, em Mesa redonda do IV Encontro Anual da ANDHEP, ocorrido na sede da Faculdade de Direito de Vitória - FDV, nos dias 07 a 10 de outubro de 2008. Na ocasião, o caso foi destacado pelo Professor na seguinte palestra: "***Direitos fundamentais e democracia*: o papel do Ministério Público como agente fomentador da gestão democrática de problemas sociais à luz do caso da segurança pública na Comarca de Jaguaré-ES**. Tal experiência democrática foi também abordada, pelo Professor Alexandre Coura, Promotor de Justiça no Estado do Espírito Santo, no evento "Temas atuais do Ministério Público: a atuação do *Parquet* nos 20 anos da Constituição Federal", ocorrido na sede da Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado do Espírito Santo, em Vitória, às 14hs do dia 10 de outubro de 2008, durante palestra intitulada "*Ministério Público, tutela jurisdicional e a efetividade dos direitos e garantias fundamentais no atual paradigma constitucional*".

Fato é que, ainda que o Ministério Público tenha obrado com eficiência e celeridade e o juiz de primeiro grau tenha deferido o pedido de tutela antecipada, o processo ainda encontra-se em curso, assim como a população aguarda a efetivação da decisão e a resolução da questão, no que toca o incremento da segurança pública no Município de Jaguaré. Nesta situação, se o município de Jaguaré continuasse até hoje necessitando desta intervenção judicial unilateral, estaria órfão de uma solução efetiva para o esse seu problema.

Por outro lado, o Ministério Público também desenvolveu uma forma de atuação que se revela mais eficaz no paradigma do Estado democrático de direito, por isso chamada de democrática. Nesta via, após novos encontros entre representantes da sociedade e o Ministério Público, foi identificado que o aumento da criminalidade ocorria principalmente na época da colheita de café.

Conforme análises feitas pelos próprios cidadãos de Jaguaré, com a chegada da colheita, muitos trabalhadores de outros Estados e municípios se dirigiam à cidade para trabalhar na colheita, aumentando significativamente o seu número normal de habitantes, que na época consistia em, aproximadamente, vinte e dois mil habitantes, sendo que, após a colheita, permaneciam na cidade sem trabalho e condições sociais apropriadas. Como os cidadãos ouvidos esclareceram, esta ampliação descontrolada da população, sem condições sociais correspondentes, gerava muito conflito e contribuía para um aumento considerável dos índices de criminalidade.

Assim, diante destas informações, foram realizadas algumas audiências públicas, nas quais o Ministério Público pode verificar a veracidades dos fatos e incentivar uma maior integração do Conselho Municipal de Segurança Pública, das autoridades públicas locais e da sociedade civil, em prol da resolução da questão de segurança pública que a todos afetava.

Diante dos fatos, o Ministério Público propôs a reativação deste Conselho, tendo a sociedade, logo em seguida, sugerido um cadastramento dos trabalhadores rurais que viessem a buscar trabalho em Jaguaré, idéia, aliás, proveniente dos próprios cidadãos. Nesse contexto, o Conselho de Segurança desenvolveu um programa de computador para realizar o cadastro, bem como disponibilizou material humano para efetivação da tarefa. Por sua vez, os produtores rurais locais se comprometeram a somente contratar os trabalhadores rurais após apresentarem a carteirinha de cadastramento fornecida pelo Conselho.

A idéia contagiou a cidade, que passou a colar cartazes e a espalhar panfletos por todas as ruas da cidade, tendo os trabalhadores rurais, a partir de então, sidos informados da necessidade do cadastro para conseguir o trabalho na colheita. No ato de cadastramento do trabalhador, eram solicitados ao mesmo alguns dados pessoais, que permitiam, além do efetivo controle de trabalho, uma consulta aos sistemas existentes de dados sobre um eventual mandado de prisão expedido em desfavor do trabalhador.

A questão é que, após a implantação deste sistema de cadastramento dos trabalhadores rurais, criminosos condenados e foragidos foram localizados, bem como puderam ser individualizados todos aqueles que passassem pela cidade em busca de trabalho temporário.

Diante desta nova realidade, no período da primeira colheita subseqüente à implantação do sistema de cadastramento dos trabalhadores rurais, o número de homicídios em Jaguaré caiu de forma evidente e toda população sentiu os efeitos benéficos daquele "engajamento social".

Esta experiência da via democrática demonstrou que os problemas enfrentados por determinada sociedade, muitas vezes, não possuem uma solução de responsabilidade exclusiva apenas do Estado ou da sociedade. Comprova, igualmente, que as potencialidades de solução dos problemas se multiplicam diante das parcerias promovidas entre a sociedade e o Estado, pois os afetados são convocados a participar/deliberar da gestão dos problemas que os afligem.

Como visto, se o problema da segurança pública de Jaguaré dependesse unicamente da atuação do Estado, no caso representado pelas figuras do Ministério Público e do poder Judiciário, tanto a construção da real dificuldade quanto a identificação da solução do problema não alcançariam verdadeiramente a raiz da questão. É que como qualquer outro ser-humano, também o promotor de justiça e o juiz são pessoas unidimensionais, que, apesar das suas inúmeras qualidades e conhecimentos, são portadores de uma visão própria e limitada,

Portanto, fica evidente o valor do conselho municipal de segurança pública no atual paradigma constitucional, onde exerce uma enorme importância, sendo um novo ambiente de participação popular nos debates públicos, que muito tem a adicionar neste panorama contemporâneo das sociedades plurais e complexas.

Neste sentido, o conselho municipal de segurança pública pode, além de fornecer um diagnóstico mais preciso dos problemas enfrentados pela sociedade em relação à segurança pública, buscar estabelecer programas coordenados de ações sócio-estatais, implementando e acompanhando os trabalhos estatais e comunitários, com possibilidade de administração de fundos vinculados à sua finalidade.

O valor deste conselho pode também ser medido na capacidade de contextualização das políticas públicas desenvolvidas pelo Estado de forma genérica, pois nem sempre uma política pública desenvolvida para atender as necessidades de certa sociedade seja eficaz para atender a realidade de outra, mesmo que vizinha. Até mesmo nas questões mais simples esta contextualização é exigida, quando, por exemplo, se decide da necessidade de se equipar a polícia local com um veículo ou com uma motocicleta, o que deverá ser decidido de acordo com as peculiaridades e necessidades de cada sociedade e local.

É importante, por fim, observar que a participação democrática da sociedade num ambiente deliberativo propício permite uma melhor atuação do próprio Ministério Público, trazendo um refinamento da causa de pedir e dos pedidos a serem construídos pelo Ministério Público numa ação civil pública necessária.

Certamente, a construção do problema e a identificação das soluções feitas através de um trabalho conjunto ente o Ministério Público e a sociedade, permitirá ao Ministério Púbico cumprir com as suas funções de forma mais ampla e coerente com as necessidades sociais, identificando os problemas sociais de forma mais precisa e completa.

Exemplificando melhor, no caso Jaguaré, se o Ministério Público não tivesse buscado atuar em parceria com a sociedade, poderia concentrar a sua atuação de forma descompassada com as reais necessidades do caso.

Assim, poderia o Ministério Público, por si só, por exemplo, relacionar a questão da crise na segurança pública em Jaguaré com o fato da venda indiscriminada de bebidas alcoólicas nos comércios da cidade durante o período noturno, pedindo, então, ao Judiciário a determinação de fechamento destes comércios a partir de determinada hora do dia, ou da noite.

É possível ver no exemplo que, ao fazer a sua argumentação do problema ao Judiciário, o Ministério Público fatalmente iria construir a sua causa de pedir desfocada dos verdadeiros motivos do problema de segurança pública identificados pela sociedade de Jaguaré, que no caso o relacionou com a chegada dos trabalhadores rurais para a colheita do café no município.

Esta construção descompassada com a realidade dos fatos, certamente, também interferiria na formulação dos pedidos ministeriais, que, no caso do exemplo dado acima, seriam focalizados no fechamento dos comércios de venda de bebidas alcoólicas a partir de certa hora do dia, ou da noite.

Assim, também nas ações do Ministério Público se identifica a importância da participação da sociedade, que possibilitará ao mesmo uma atuação mais fidedigna com as necessidades sociais.

5. DESTAQUES CONCLUSIVOS

O presente estudo tinha o objetivo de analisar a participação do Município e da sociedade na concretização do direito fundamental à segurança pública no paradigma constitucional brasileiro do Estado democrático de direito, podendo ser extraídas as seguintes conclusões:

1 – O direito fundamental à segurança pública precisa ser construído sob o enfoque do Estado democrático de direito, sabendo-se que sempre esteve presente na história da humanidade. Assim, incabível entender que o direito fundamental à segurança pública possa pertencer somente ao Estado ou a um grupo de pessoas, pois cada indivíduo é detentor deste direito;

2 – Qualquer análise sincera sobre as dimensões dos direitos fundamentais constatará a imprescindibilidade do direito à segurança pública em todas elas, ganhando coloridos especiais em cada dimensão, que garantiram, e garantem, a sua melhor efetividade;

3 – Apesar desta relação próxima com outros direitos fundamentais, não deve o direito fundamental à segurança pública ser entendido como uma extensão, como conseqüência, ou como dependente de algum outro direito fundamental. O sentido é de complementação e não de dependência, razão pela qual o direito à segurança pública deve ser visto como um direito fundamental independente;

4 – No atual paradigma do Estado democrático de direito, o direito à segurança pública deve ser compreendido como um direito fundamental autônomo garantido igualitariamente a cada cidadão do país, portanto universal, devendo ser prestado eficientemente como um dever do Estado, numa perspectiva humana e democrática, que privilegie a prevenção e não a repressão;

5 – De fato, ao se falar em direito à segurança pública no Estado democrático de direito, almeja-se é que o mesmo seja concretizado pelo Estado de forma eficiente, criando-se possibilidades sólidas de prevenção da ocorrência de condutas ilícitas. No cumprimento de seu dever, entende-se que este serviço deva ser prestado pelo Estado de modo a conseguir dar respostas eficazes tanto aos "crimes de gabinetes" como aos "crimes de rua", que são geralmente praticados pela população mais carente;

6 – A redução ou o aumento da criminalidade e da violência nem sempre terão uma relação direta com as atividades desenvolvidas pelo Estado para preservação da segurança pública, pois muitas são as contingências que interferem no resultado final. Assim, a luta a ser travada se reflete mais na questão da garantia de possibilidades do que de resultados;

7 – No atual Estado democrático de direito, não se concebe mais a idéia de que o Estado seja o único fomentador de políticas públicas, como se idealizava no Estado social, pois a sociedade civil é chamada, cada vez mais, para exercer sua cidadania através de construções dialogadas. Assim, a sociedade civil deixa de ocupar um papel estagnado e limitado de destinatária de políticas públicas, para exercer uma função de autora na formulação destas políticas, o que lhe fornece uma emancipação nas suas escolhas;

8 – No atual paradigma constitucional, fica evidente o valor do conselho municipal de segurança pública no enfrentamento dos problemas relacionados com a área da segurança pública, onde exerce uma função muito importante, sendo um novo ambiente de participação popular nos debates públicos, que muito tem a acrescentar neste panorama contemporâneo das sociedades plurais e complexas;

9 – O conselho municipal de segurança pública pode, além de fornecer um diagnóstico mais preciso dos problemas enfrentados pela sociedade em relação à segurança pública, buscar estabelecer programas coordenados de ações sócio-estatais, implementando e acompanhando os trabalhos estatais e comunitários, com possibilidade de administração de fundos vinculados à sua finalidade;

10 – O valor do conselho municipal de segurança pública também pode ser medido na sua capacidade de contextualização das políticas públicas desenvolvidas pelo Estado de forma genérica;

11 – A participação democrática da sociedade num ambiente deliberativo propício, como o conselho municipal de segurança pública, permitirá uma melhor atuação do próprio Ministério Público, trazendo um aperfeiçoamento da causa de pedir e dos pedidos a serem construídos pelo Ministério Público na ação civil pública que, porventura, necessite ser ajuizada.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais.* Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVIM, J. E. Carreira. Ação civil pública e direito difuso à segurança pública. Jus Navegandi, Teresina, ano 7, n. 65, maio 2003. Disponível em: <HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4079>. Acesso em: 01 out. 2008.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos.* Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional.* 21ª ed. - São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

_____. *O direito à paz como direito fundamental da quinta geração.* In: Revista Interesse Público - N. 40 - Nov./Dez. 2006, p. 15 a 22.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.* Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, v. 3, p. 473-486, 2000.

CASTRO, Carlos Roberto. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais.* Rio de Janeiro: Forense, 2003.

DORNELLES, João Ricardo Wanderley. *Conflitos e segurança*: entre pombos e falcões. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

_____. Violência urbana, direitos da cidadania e políticas de segurança no contexto de consolidação das instituições democráticas e das reformas econômicas neoliberais. *Discursos Sediciosos,* n. 4, 1997.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito.* Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GALINDO, Bruno. *Direitos Fundamentais.* 1ª. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

HABERMAS, Jürgem. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade – vol. I, 2. ed. – Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Direito constitucional*: teoria da constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil.* 4ª ed. – Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Incêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional.* 2. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional.* Tomo IV. 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MUNIZ, Jacqueline; PROENCA JUNIOR, Domínio. Os rumos da construção da polícia democrática. *Boletim IBCCrim*, v. 14 , n. 164, jul. 2006.

SABADELL, Ana Lucia. O conceito ampliado da segurançca pública e a segurança das mulheres no debate alemão. IN: LEAL, César Barros; PEIDADE JÚNIOR, Heitor (orgs.). *A violência multifacetada*: estudos sobre a violência e a segurança pública. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SANTIN, Valter Foleto. *Controle judicial da segurança pública*: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais.* 8. ed. rev. e atual. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* São Paulo: Malheiros, 2008.

SOARES, Luiz Eduardo. *Segurança tem saída.* Rio de Janeiro: Sextante, 2006.

SOUZA NETO, Carlos Pereira de. *A segurança pública na Constituição Federal de 1988: conceituação constitucionalmente adequada, competências federativas e órgãos de execução das políticas.* Revista Eletônica Atualidades Jurídicas. Ano I, nº 1, mar./abr., Brasília, OAB Editora, 2008.

STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. *Crime e constituição*: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SULOCKI, Vitória Amélia de B. C. G.. *Segurança pública e democracia: aspectos constitucionais das políticas públicas de segurança.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional.* São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

WACQUANT, Loïc. A ascensão do Estado penal nos EUA. *Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade,* n. 11, 2002.

102

NOS CRIMES TENTADOS CONTRA O PATRIMÔNIO SEM VIOLÊNCIA FÍSICA À VÍTIMA, COM DEVOLUÇÃO DA *RES FURTIVA*, SOMENTE SE PROCEDE MEDIANTE REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA

Ricardo Albuquerque da Silva[1]

Ministério Público/PA

Síntese Dogmática: 1. Ocorrência constante de fatos que estão prestes a transformarem-se em costume jurídicos; 1.2 a escalada da pobreza e da miséria como vetor do desrespeito do ser humano pelo ser humano; 1.3 a sociologoa jurídica dizendo que o pobre não é violento.

1. EXPOSIÇÃO

1.2 Introdução

O caboclo amazônida sabe, por experiência própria, que não se pode remar contra a maré.

Como tal e observando as tendências mundiais, inseridos que estamos em uma aldeia global, não podemos ignorar fenômenos sociais que já estão se constituindo em costume jurídico a influenciar decididamente a formação de valores também no mundo jurídico com forte influência no normativismo jurídico vigente e futuro.

A fórmula jurídica é muito simples. De acordo com o professor Miguel Reale, o fenômeno jurídico se manifesta de maneira tripartite: fato, valor e norma.

O fato, é que a nível global, a pobreza e a miséria continuam se expandido de maneira exponencial, tendo como uma de suas consequencias o desrespeito ao ser humano em todos os seus níveis num terreno fértil para o desenvolvimento do ódio e da violência de maneira quase incontrolável.

O valor, é o que está se fomentando neste exato momento com vistas a proteger e tutelar a dignidade da pessoa humana em todas as suas facetas e, o que é mais interessante, até mesmo com restrição ao *jus puniendi* estatal, sob a argumentação de cunho sociológico-jurídico de que o pobre, o desafortunado não é perigoso, sendo ao contrário, merecedor de toda a tutela estatal possível, ao invés de punição pelo mal eventualmente praticado.

Finalmente, de acordo com a lógica Realiana, a norma, aí incluída a lei, o costume, a doutrina e a jurisprudência deverá recepcionar esse *momentum* do ser humano na sociedade do século XXI.

1.3 Inspiração Factual

Um fato que temos observado com certa constância no mundo jurídico, é que nos crimes de tentativa de furto sem violência física com devolução da *res furtiva*, os magistrados têm absolvido tais réus sob a argumentação de que o fato criminoso independe da ação do agente, o qual de acordo com entendimento doutrinário em voga não é mais objeto de processo e sim de direitos, em específico o fundamental da dignidade da pessoa humana.

Na qualidade de operadores do direito não podemos deixar de observar que há um fato social que está se repetindo com muita freqüência, encontrando-se muito perto de transforma-se em costume jurídico, o que legitima uma mudança de valores no que tange ao bem jurídico tutelado em nossa sociedade nos dias de hoje, especialmente que pertine ao *jus puniendi.*

[1] Procurador de Justiça do Ministério Público do Pará, Mestre em Direito Agrário e Ambiental pela Universidade Federal do Pará.

2. CONCLUSÃO

Partindo da premissa de que os bens patrimoniais são disponíveis, sentimo-nos autorizados a afirmar que a tutela dos mesmos já não é mais tão absoluta como no Código Civil Napoleônico, e sua relativização ha que ser considerada hodiernamente em função do livre arbítrio do sujeito passivo de um crime de tentativa de furto sem violência física com devolução da *res furtiva.*Nestes casos específicos, cabe à vítima avaliar se deseja ou não promover a punição de tais infratores da lei.

3. PROPOSTA

Pelo exposto, alvejando igualmente desafogar o judiciário de ações cujo bem tutelado não possui mais relevância social ou jurídica, bem como, via de conseqüência, o desafogamento das prisões, é que propomos que nos crimes tentados contra o patrimônio sem violência física à vítima com devolução da *res furtiva,* somente proceda mediante representação da vítima.

BIBLIOGRAFIA

REALE, Miguel., In "Filosofia do Direito", Miguel Reale, Editora Saraiva, 17ª Edição. (páginas: 195/196, 203, 205/206)

103

APLICAÇÃO INDEVIDA DO GARANTISMO, POR PARTE DE MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, EXTRAPOLA OS LIMITES DA INDEPENDENCIA FUNCIONAL

Ricardo Albuquerque da Silva[1]

Ministério Público/PA

Síntese Dogmática: 1. Ocorrência constante de fatos que estão prestes a transformarem-se em costume jurídicos; 1.2 a escalada da pobreza e da miséria como vetor do desrespeito do ser humano pelo ser humano; 1.3 a sociologoa jurídica dizendo que o pobre não é violento.

1. EXPOSIÇÃO

1.2 Introdução

O caboclo amazônida sabe, por experiência própria, que não se pode remar contra a maré.

Como tal e observando as tendências mundiais, inseridos que estamos em uma aldeia global, não podemos ignorar fenômenos sociais que já estão se constituindo em costume jurídico a influenciar decididamente a formação de valores também no mundo jurídico com forte influência no normativismo jurídico vigente e futuro.

A fórmula jurídica é muito simples. De acordo com o professor Miguel Reale, o fenômeno jurídico se manifesta de maneira tripartite: fato, valor e norma.

O fato, é que a nível global, a pobreza e a miséria continuam se expandido de maneira exponencial, tendo como uma de suas consequencias o desrespeito ao ser humano em todos os seus níveis num terreno fértil para o desenvolvimento do ódio e da violência de maneira quase incontrolável.

O valor, é o que está se fomentando neste exato momento com vistas a proteger e tutelar a dignidade da pessoa humana em todas as suas facetas e, o que é mais interessante, até mesmo com restrição ao *jus puniendi* estatal, sob a argumentação de cunho sociológico-jurídico de que o pobre, o desafortunado não é perigoso, sendo, ao contrário, merecedor de toda a tutela estatal possível, ao invés de punição pelo mal eventualmente praticado.

Nessa esteira, mesmo antes de 1988, o mundo jurídico brasileiro estava desiludido com os instrumentos legais usados pelos governos militares (1964/1985) contra presos políticos, aliado à falta de assistência jurídica a acusados de crimes políticos, bem como a rejeição do *Habeas Corpus,* sem falar na má influência dos poderes paralelos aos poderes constituídos, o que desaguava na inaceitável brutalidade policial.

Foi nesse caldo que surgiu a ideologia garantista como um conjunto de teorias sobre o direito penal e o processo penal, alvejando um modelo ideal de Estado de Direito em que "a imunidade dos cidadãos seja preservada da arbitrariedade das proibições e penas" (Luigi Ferrajoli), tendo como pano de fundo uma criminalidade dialética escorada em bipolaridades do tipo "cidadão contra o Estado" e "bandido contra a vítima".

Nas palavras de Noberto Bobbio[2] ao prefaciar "Direito e Razão":

> "o sistema geral do garantismo consiste na construção das vigas mestras do Estado de Direito que tem por fundamento e por escopo a tutela da liberdade, do indivíduo contra várias formas de exercício arbitrário do poder, particulamente odioso no direito penal."

[1] Procurador de Justiça do Ministério Público do Pará, Mestre em Direito Agrário e Ambiental pela Universidade Federal do Pará.
[2] Ferrajoli, Luigi, in Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal, Ed. Revista dos Tribunais, 2ª Edição, p. 5.

Quer dizer, em decorrência do advento de um estado totalitário em nome do qual as garantias individuais foram solapadas, pessoas eram presas por delação anônima, sem ordem judicial; o domicilio não era asilo inviolável; não existia liberdade de pensamento; não existia liberdade de expressão; pessoas eram condenadas com base em provas obtidas mediante tortura; em síntese, num país no qual grassava toda espécie de arbítrio e abuso contra as liberdades e direitos individuais e, ainda por cima, com base no aparato estatal, não é necessário que se seja defensor dos direitos humanos para que todos, em uníssono, clamemos aos céus por algo ou alguma coisa que garanta um mínimo de respeito aos direitos citados.

O detalhe, é, que, num país como o nosso, o Brasil, no qual está em vigor uma constituição republicana, elaborada com todo o respeito e prevalência dos direitos e garantias individuais e coletivos, inspirados nas declarações de direitos humanos existentes, v.g. artigo 5º e seus incisos e parágrafos, o garantismo pode se tornar um maravilhoso instrumento de trabalho para os advogados que defendem direitos interpessoais, mas, de acordo com nossa maneira de ver, tal doutrina não se coaduna com a atuação ministerial, haja vista que o problema do Brasil é a corrupção e não a existência de um estado totalitário, no qual os direitos e garantias, quer individuais, quer sociais, estejam sendo violadas pelo e através do aparato estatal repressivo.

À nosso ver, o garantismo pode ser uma bíblia para os advogados que militam em Bagdad, Honduras, na Somália, em Teeran, na Venezuela ou em Guantânamo, não no Brasil do jeito que está.

Finalmente, de acordo com a lógica Realiana, a norma, aí incluída a lei, o costume, a doutrina e a jurisprudência deverá recepcionar esse *momentum* do ser humano na sociedade do século XXI.

1.3 Inspiração Factual

Um fato que temos observado com certa constância na atualidade jurídica do Pará, bem como pelo Brasil afora, é que por motivos que não analisaremos agora, alguns membros do Ministério Público Brasileiro, ao invés de pugnarem pela validade do art. 129 da CF/88, ao qual estão presos por força de juramento, estão olvidando o normativo jurídico vigente e aplicando indiscriminadamente o garantismo em favor daqueles que violaram o "pacto" e constituem-se verdadeiros inimigos da sociedade.

Há exageros tão grandes que levam inclusive pessoas estudiosas a blazonarem que o réu "não é mais objeto de processo e sim de direitos", relegando as vítimas e seus familiares ao triste efeito da impunidade do crime de que padeceram.

Há casos, inclusive, de pessoas que foram soltas da prisão mediante parecer e sentença garantistas que, com menos de uma semana de liberdade, voltaram a matar e roubar pais e mães de famílias inocentes.

De outro giro, temos ser imperioso deixar assentado desde logo que não desejamos ilaquiar a independência existencial ou funcional dos membros do Ministério Público Brasileiro; mas, no entanto, não podemos perder de vista que juramos defender a sociedade contra aqueles que agridem e, acima de tudo, que há limites também para a independência funcional.

Em sede doutrinária institucional, especificamente acerca dos limites da Independência Funcional, colhemos o magistério do professor Emerson Garcia[3]:

> "O tema proposto, independência funcional dos membros do Ministério Público, em que pese ser uma garantia indispensável ao exercício das funções ministeriais, é fonte de inevitável preocupação: **essa independência é absoluta ou está sujeita a algum balizamento?** A primeira proposição deve ser de logo afastada, pois é inconcebível que seja divisada a existência de direitos absolutos em um Estado Democrático de Direito, isto porque freqüentes são os pontos de tensão entre dois ou mais direitos, o que, *ipso factum,* torna imperativo o estabelecimento de critérios para a solução de tais colisões. Acresça-se, ainda, que os membros do Ministério Público são agentes públicos, e estes, como todos sabem, somente podem atuar em harmonia com o ordenamento jurídico, nele auferindo o fundamento de validade de sua atuação. (ng)
>
> (...)Nas palavras de Kelsen, **"um indivíduo atua com órgão do Estado apenas na medida em que atua baseado na autorização conferida por alguma norma válida.** Esta é a diferença entre o indivíduo e o Estado como pessoas atuantes, ou seja, entre o indivíduo que não atua como órgão do Estado e o indivíduo que atua como órgão do Estado. Um indivíduo que não funciona como órgão do Estado tem permissão para fazer qualquer coisa que a ordem jurídica não o tenha proibido de fazer, ao passo que o Estado, isto é, **um indivíduo que funciona como órgão do Estado, só pode fazer o que a ordem jurídica o autoriza a fazer.** (ng)

[3] *In "Ministério Público Organização, Atribuições e Regime Jurídico, Editora LumenJuuris, 2006, fls.59/63.*

A lição candente e insofismável do professor Garcia não merece qualquer adendo ou interpretação. É perfeitamente auto-explicável temos obrigações e deveres a cumprir, sem nunca afastarmo-nos dos preceitos legais vigentes.

2. CONCLUSÃO

Antes de concluirmos de maneira objetiva e científica, entendo relevante deixar consignado que mesmo não sendo um país do primeiro mundo, salvaguardadas as proporções, no Brasil, vivenciamos um Estado Democrático de Direito, com observância e respeito a todas as garantias individuais e coletivas inerentes ao cidadão, garantida como direito fundamental na vigente Carta Magna, significando, com isso dizer, que aqui não acontece o que se vê na Somália, no Sudão, na Venezuela, em Honduras, Irâ, Iraque, etc.

Se alguém furtar merenda escolar; se alguém se apropriar do dinheiro para construção de prisões; se alguém se apropriar do dinheiro para compra de remédios para o povo; se um criminoso teve mãe prostituta, pais alcoólatras e violentos, tais assuntos devem ser enfrentados num momento próprio e específico, eis que a violência resultante da impunidade somente pode ser avaliada no caso em particular, sem que se superestime as garantias processuais do réu em face de uma imagem distorcida da realidade.

Não podemos associar assistencialismo com *jus puniendi*, porque se assim o for, concedendo tantas franquias aos condenados, o uso de tantas liberdades dentro do presídio resulta num péssimo uso delas, haja vista a inversão de papéis dentro das casas penais e até mesmo fora delas.

Como corolário de toda argumentação deduzida ao longo da presente tese, objetivando impedir que as vítimas de crimes, ou seja, a sociedade, nos veja como seu inimigo, temos ser lícito afirmar que, ao defender interesse inter-pessoal, daquele que violou o pacto, que atentou contra o bem maior protegido e tutelado pelo Direito e pela Sociedade, o Representante do Ministério Público, extrapola os limites de sua independência funcional, faz tabula rasa do múnus constitucional atribuído ao Ministério Público e vitupera normas inerentes ao seu dever e obrigação.

No que concerne as conseqüências do fato de um Promotor de Justiça pedir a impronuncia e a absolvição de um réu num processo recheado de provas circunstanciais que o colocam ativamente na cena do crime, além do descumprimento do dever legal, além de usurpar atribuição do Juiz Natural, disponibiliza munição aos detratores do Ministério Público, e cria uma inquestionável sensação de estimulo à impunidade, eis que, daí decorre um paradoxo, através do qual constata-se que, aquele que deveria defender a sociedade contra os que a agridem, por mais incrível que possa parecer, levanta-se contra a mesma, advogando os interesses daqueles que violam o Pacto.

3. PROPOSTA

Uma vez demonstrado o *quanti satis,* que a utilização inadequada do GARANTISMO é uma tese que não se coaduna com o exercício do *múnus* constitucional atribuído ao Ministério Público e que sua utilização indevida implica em transposição dos limites da Independência Funcional, seja recomendado, à todos os membros do Ministério Público, que se abstenham de utilizar o GARANTISMO como fundamento de suas manifestações, deixando-o para os legítimos patronos dos que violam o Pacto.

BIBLIOGRAFIA

Ferrajoli, Luigi, in Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal, Ed. Revista dos Tribunais, 2ª Edição, p. 5.

Ministério Público Organização, Atribuições e Regime Jurídico, Editora LumenJuuris, 2006, fls.59/63.

REALE, Miguel., In "Filosofia do Direito", Miguel Reale, Editora Saraiva, 17ª Edição. (páginas: 195/196, 203, 205/206)

A POLÍCIA DO ESTADO E A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE URBANO: A ATENÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Fernanda Leão de Almeida* **e Jaqueline Lorenzetti Martinelli****

Promotoras de Justiça/SP

SUMÁRIO: *1. Apresentação. 2. Notas sobre as diretrizes fundamentais de uma política de desenvolvimento urbano sustentável. 3. A essência do poder de polícia do Estado: um apanhado geral. 4. A impropriedade e ineficácia do exercício do poder de polícia administrativo. 5. A criminalização indevida da população de moradia de baixa renda 6. Conclusão. 7. Bibliografia*

1. Apresentação

O trabalho voltado para a prevenção do crime e para a efetivação dos direitos fundamentais permitiu-nos travar contato direto com o drama de milhares de famílias que, pela ausência de uma política pública habitacional consistente para a baixa renda e pela voracidade do mercado imobiliário nas áreas centrais mais valorizadas, viram-se na contingência de ocupar ilegalmente as áreas de preservação ambiental da capital paulista, integradas pelos mananciais da represa Billings e Guarapiranga, como única alternativa viável de moradia.

Essa situação, formalmente ilegal e com contornos criminais, impõe a atenção a direitos fundamentais da pessoa humana, sobretudo: de um lado, o direito ao meio ambiente saudável, que inclui a preservação da água produzida pelos mananciais que abastecem grande parte dos domicílios da capital de São Paulo; e, de outro, o direito fundamental à moradia, sem a qual sequer podemos falar em dignidade da pessoa humana, fundamento sobre o qual se assenta todo nosso ordenamento jurídico.

A omissão do poder público no cumprimento do dever de realizar uma política de desenvolvimento urbano realmente eficaz para o bem-estar de toda a coletividade dos grandes centros urbanos acaba intensificando um suposto conflito entre aqueles direitos fundamentais. E, aliada à degradação ambiental em escala nunca antes vista, que coloca como possibilidade real o risco de perda de nossos mananciais de água, a responsabilidade pela ocupação irregular nessas áreas e por sua degradação acaba recaindo nas pessoas e comunidades carentes, que ali estabeleceram e vêm estabelecendo, há décadas, sua moradia e a de sua família.

Para lidar com a situação, o poder público tem se valido de dois instrumentos jurídicos do chamado poder de polícia do Estado: a intervenção administrativa para demolição imediata das habitações irregulares e a autuação de seus moradores por crimes ambientais.

Visando apontar os equívocos dessas estratégias, é que nos propomos a apresentar esta tese.

2. Notas sobre as diretrizes fundamentais de uma política de desenvolvimento urbano sustentável

É dever prioritário do poder público municipal promover a ordenação da cidade em patamares de sustentabilidade, por meio de adequado aproveitamento do solo e em fiel atenção ao cumprimento da função social da propriedade (art. 5º, XXII e XXIII, da CF) e à satisfação das necessidades básicas dos cidadãos, vise a todos

* 120ª Promotora de Justiça da Capital, em exercício na Promotoria da Infância e Juventude do Foro Regional de Pinheiros, São Paulo-SP, email: almeida@greco.com.br.

** 1ª Promotora de Justiça Criminal do Foro Regional de Santo Amaro, São Paulo-SP, email:jaquelinemartinelli@mp.sp.gov.br.

garantir condições de bem-estar e de uma vida digna (art. 182 da CF). Na qualidade de direito fundamental de idêntica índole e que a todos assiste (art. 6º da CF), o constituinte também enfatizou ser a saúde "*(...) dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco da doença e de outros agravos e (...)*" (art. 196, *caput*, da CF). Na mesma escala de valores, a Constituição da República, em seu artigo 225, consagrou o direito de todos "*ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações*".

A reboque desses princípios fundamentais, cumpre também o enfoque à tutela do direito fundamental à moradia de grupos da população de baixa renda sob um vasto campo dos valores e diretrizes constitucionais que devem informar a política de desenvolvimento urbano executada pelo poder público municipal (arts. 5º, *caput*, XXII e XXIII; 6º, 170, III e VII; 182 e 183, da CF).

Nesse passo, no plano infraconstitucional, é preponderante a aplicação dos critérios legais do Estatuto da Cidade (Lei Federal 10.257/2001), cujo escopo é justamente conquistar um equilíbrio entre as várias funções da cidade (moradia, trabalho, meio ambiente, lazer, circulação, etc.), com o controle do processo de expansão urbana em limites de sustentabilidade (art. 2º, I a XVI, do Estatuto da Cidade). Não é possível afastar a eficácia do direito a cidades sustentáveis da garantia do direito fundamental à moradia para a população de baixa renda dos grandes centros urbanos (arts. 5º, XXII e XXIII; 170, *caput*, e III; 6º e 182, da CF; e art. 2º, I e XIV, da Lei 10.257/2001 – Estatuto da Cidade), através de medidas destinadas à regularização urbana e fundiária de ocupações do solo[1], Dessa forma, a omissão dos órgãos estatais em assegurar mecanismos de acesso de famílias carentes a uma moradia digna acentuando a expansão do processo de ocupação desordenada do solo, sem medidas de infra-estrutura, é um comportamento que, ao consolidar o afastamento de um grande número de pessoas do mundo jus-urbanístico, acaba por constituir visível vulneração ao direito de todos a cidades efetivamente sustentáveis[2]. Como comezinho, a ausência de políticas de saneamento básico em áreas urbanas habitadas, independentemente de outros aspectos que devam ser considerados, aponta a ofensa ao direito à saúde e ao meio ambiente que, na hipótese, interagem, de forma direita e imediata, com o direito *de todos* a cidades efetivamente sustentáveis.

Por conseguinte, na promoção pelos municípios de um "*adequado ordenamento territorial, mediante o planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano*" (art. 30, VIII, da CF), é imperiosa a atenção a direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal e complementados, de modo específico, no Estatuto da Cidade.

Daí a abrangência, na Constituição Federal de 1988, da definição das áreas sociais em que o poder público há de investir para a construção do modelo de Estado Democrático de Direito, sob os primados da solidariedade e da dignidade da pessoa humana (arts. 1º, III; e 3º, I e IV, da CF). Sobressai, sem dúvida, a realização de providências capazes de alçar ao seio da coletividade grupos de indivíduos socialmente vulneráveis; e não há vulnerabilidade social maior do que ser privado do acesso a uma moradia digna (arts. 1º, III; e 6º, da CF). Conjugado aos alicerces e objetivos fundamentais da República do Brasil (arts. 1º, II e III; e 3º, I a IV, da CF), a primazia do direito à igualdade (art. 5º, *caput*, da CF), também reveste de indiscutível legitimidade a pretensão dos habitantes de assentamentos irregulares dos grandes centros à realização do direito fundamental a uma moradia digna que, entre outros fatores, envolve medidas de saneamento básico capazes de preservar nossos recursos hídricos, em prol da proteção do meio ambiente urbano e de uma política governamental deferente à saúde da população.

3. A essência do poder de polícia do Estado: um apanhado geral

Atualmente, diante da complexidade das sociedades estatais contemporâneas, a proeminência do poder econômico, mesmo propugnando um retorno à privatização, fez multiplicar os bens jurídicos sujeitos à proteção do Estado por meio de sua ação repressiva. A preponderância do interesse geral da sociedade e da ordem pública costuma justificar uma crescente atuação repressiva do Estado na esfera dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. Já no início do século XX, era crescente o exercício do poder de polícia do Estado, não só para ampliar o conceito de ordem pública absorvendo vários elementos da ordem econômica e social, como as relações de emprego, de consumo e outras tantas, como também para impor obrigações de fazer, como o cultivo da terra e o aproveitamento do solo, que antes eram estranhas à intervenção do Estado que se limitava à imposição de obrigações de não fazer aos particulares[3].

Como não se ignora, alcançando limitações ao exercício da propriedade e da liberdade individual, o poder de polícia do Estado manifesta-se em duas áreas de atuação; quais sejam: a administrativa e a judiciária. Superou-se a diferença tradicional apontadas entre essas esferas, pois o cunho preventivo que marcara a polícia administrativa ganhou contornos também repressivos que sempre caracterizaram ação da polícia judiciária. É preciso, no entanto,

---

[1] O destaque á às disciplinas do usucapião especial coletivo de imóvel urbano (art. 10 da Lei 10.257/2001 – Estatuto da Cidade) e da concessão coletiva de uso especial para fins de moradia (Medida Provisória 2.220, de 4.9.2001 – art. 183, § 1º, da CF).

[2] Cf. os arts. 6º e 182 da CF e arts. 2º, I e XIV, da Lei 10.257/2001.

[3] Cf. Maria Sylvia Zanella Di Prietro, *Direito Administrativo*, Atlas, 18ª ed., p. 110.

ressaltar o comando maior dos primórdios do Estado de Direito que exige a existência de prévia previsão legal para justificar atos de polícia emanados do órgão do executivo; este age apenas no sentido de conferir à lei a devida concreção[4].

Nesse sentido, a linha de diferenciação entre as duas formas de atuação do Estado reside certamente na modalidade de ilícito em questão e na sujeição de cada uma das espécies a regimes jurídicos próprios[5]. Mas, o fundamento afim da polícia judiciária e da polícia administrativa é a preservação das condições básicas da vida social, mediante uma restrição à esfera da liberdade e da propriedade dos responsáveis por ofensas aos bens imanentes àquelas condições[6]. Quanto mais valiosos forem tais bens à luz dos fundamentos de constituição do Estado, o rigor exigido, para a prevenção e a punição daqueles que os ofendam, é elevado à prescrição de crimes.

4. A impropriedade e ineficácia do exercício do poder de polícia administrativo

Como já se adiantou, o poder de polícia administrativo, "em sentido amplo, corresponde à 'atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade ajustando-as aos interesses coletivos'; abrange atos do Legislativo e do Executivo; *(...)* em sentido estrito, abrange 'as intervenções, quer gerais e abstratas, como os regulamentos, quer concretas e específicas (tais como as autorizações, as licenças, as injunções) do Poder Executivo, destinadas a alcançar o mesmo fim *(...)*"[7].

Por outro lado, o atributo de autoexecutoriedade que reveste atos de polícia da administração pública permite a execução direta de suas decisões, dispensando-a de recorrer ao Poder Judiciário para a imposição de obrigações aos administrados, ainda que sem a concordância deles. Toda e qualquer providência da polícia administrativa, executada sob a égide da executoriedade, "somente pode ser utilizada se expressamente determinada na lei, ou se e na medida da estrita necessidade administrativa"[8]

Desabrigando inúmeras famílias de baixa renda, não é difícil perceber que a destruição de casas habitadas por ato de polícia da administração estatal representa evidente abuso de poder, por não encontrar nenhuma ressonância nas reais características do chamado poder de polícia, notadamente no que concerne à sua essência e limitações.

Não obstante a possibilidade de considerar que determinados grupos de pessoas tenham figurado como adquirentes de lotes de assentamentos irregulares que restaram transmudados em favelas, o poder de polícia aplicado pela municipalidade, supostamente em prol da preservação do meio ambiente, atinge, de forma indevida e ilegal, o direito fundamental à moradia dos habitantes indiscriminadamente; direito, aliás, que nunca esteve autorizado a coibir, sem o recurso ao poder Judiciário do Estado (art. 5º, XXXV, da CF).

É o que também se depreende do artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal, ao estabelecer ser a casa "*asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem o consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial*". Como desdobramento do princípio fundamental de proteção à dignidade humana (art. 1º, III, da CF) e do direito à privacidade de idêntica índole (art. 5º, X, da CF), a disciplina em questão (art. 5º, XI, da CF) envolve diretamente o direito fundamental à moradia (art. 6º da CF)[9].

Além disso, toda e qualquer providência da polícia administrativa, implementada sob a égide da autoexecutoriedade, "somente pode ser utilizada se expressamente determinada na lei, ou se e na medida da estrita necessidade administrativa"[10]. A Lei 9605/98, que prevê os crimes e infrações administrativas contra o meio ambiente não permite, de forma alguma, a destituição de seres humanos de suas moradias, sem a imprescindível autorização judicial (art. 5º, XXXV, da CF)[11].

Por outro lado, quanto à medida da estrita necessidade administrativa, "dever-se-á verificar se a conduta administrativa justapõe-se, encarta-se proporcionalmente à necessidade de desempenho da tutela do bem jurídico ameaçado pela conduta do particular *(...)*. Destarte, a proporcionalidade e a razoabilidade serão o metro de aferição."[12] O afastamento compulsório de famílias que habitam áreas urbanas de preservação ambiental, em termos de um adequado planejamento urbano (art. 182, da CF), não representa uma medida inapta à satisfação do interesse público relevante, isto é, a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da CF). Logo, *(...)* não

---

[4] Celso Antônio Bandeira de Mello alia-se à doutrina que critica a subsistência da terminologia 'poder de polícia', por remeter à época pretérita do Estado de Polícia precedente ao Estado de Direito, supondo a transferência inadvertida de prerrogativas antes existentes em prol do 'príncipe' para o Poder Executivo do Estado (cf. *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros, 18ª ed., p. 750).

[5] Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito...*, ob. cit., pp. 763-764.

[6] Rudolf von Jhering, *A finalidade do direito*, t. I, Bookseller, 2002, p. 321.

[7] Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, Atlas, 18ª ed., p. 112.

[8] Lucia Valle Figueiredo, *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros, 8ª ed., p. 295.

[9] Cf. José Afonso da Silva, *Comentário Contextual à Constituição*, Malheiros, 2005, pp. 102-103 e 186-187.

[10] Lucia Valle Figueiredo, *Curso de Direito...*, ob. cit.., p. 295.

[11] A previsão de demolição de obra como uma das punições de infração administrativa ambiental (art. 70, VIII, Lei 9605/98) não se confunde com a demolição de residências onde estejam habitando pessoas.

[12] Lucia Valle Figueiredo, *Curso de Direito...*, ob.cit., p. 195

milita em benefício de ninguém. Avulta um "agravo inútil aos direitos de cada qual" e, via de conseqüência, uma providência de todo desproporcional ao resultado que seria legitimamente alvejável pelo poder público municipal[13].

Considerando que as intervenções municipais têm por objetivo a proteção ambiental, longe está de satisfazê-lo a privação inconstitucional de grupos de famílias de baixa renda de suas habitações. A efetividade de tutela do direito ambiental pressupõe, com toda certeza, medidas, minimamente, garantidoras de infraestrutura urbana nas favelas dos locais afetados, notadamente no que concerne à execução de projetos de saneamento básico (arts. 196 e 225, da CF), além, é claro, de um rígido programa de fiscalização para evitar novas ocupações nos mesmos locais.

Na trilha do direito fundamental às cidades sustentáveis (art. 182 e 183, da CF), o Estatuto da Cidade (Lei 10.257/01), ao impor como diretriz o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação que levem em conta a situação sócio-econômica da população, acatou a necessidade da existência de uma ordem urbanística popular que permita a regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda[14].

Nesse sentido, "o Estatuto afirmou com ênfase que a política urbana não pode ser um amontoado de intervenções sem rumo. Ela tem uma direção global nítida: 'ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana' (art. 2º, caput), de modo a garantir o 'direito a cidades sustentáveis' (incisos I, V, VIII, X)."[15]

Mas, ainda que se admita a necessidade de medidas dessa ordem, não é possível prescindir, em hipótese alguma, do fiel respeito à garantia do devido processo legal contemplado nos incisos XXXV, LIV e LV do artigo 5º da Constituição. Nesse passo, não é difícil de perceber que a enorme restrição efetuada a garantias e direitos fundamentais de grupos de famílias de baixa renda é de todo desproporcional a um suposto aproveitamento na defesa do meio ambiente, apenas *abstratamente*, conquistado pelo poder público. É o que não deixa dúvidas o crescente processo de periferização de grandes centros urbanos, como é o caso da cidade de São Paulo, a revelia de uma atuação do Ministério Público no sentido de efetivamente coibi-la em termos de alternativas habitacionais. E a idéia de desenvolvimento sustentável ínsita ao direito ambiental insere-se certamente nesse contexto. Na medida em que pessoas em situação de vulnerabilidade social e econômica são desabrigadas, mediante a demolição de suas casas, sem lhes oferecer, em contrapartida, solução de atendimento habitacional definitivo, o poder público acaba por mantê-las alijadas do mundo jus-urbanístico, levando-as a ocupar outras áreas afetadas ou a retornar à origem.

Acentua-se, pois, a inadequação da política de desenvolvimento urbano à realidade social, o que acaba por vulnerar o direito de todos à *cidade sustentável* (arts. 6º e 182 da CF e art. 2º, I e XIV, da Lei 10257/2001-Estatuto da Cidade). Alia-se a isso a questão da saúde pública decorrente da ausência de projetos de saneamento básico (art. 196 da CF) e a ineficácia daquele comportamento abusivo para assegurar a fruição do direito fundamental de *todos* ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da CF).

5. A criminalização indevida da população de moradia de baixa renda

Diante do suposto conflito estabelecido entre dois direitos fundamentais que necessitam de proteção jurídica, visto que nenhum deles pode sobrepor-se ao outro por inexistir hierarquia entre eles, vale indagar se um direito fundamental como o da moradia pode ser tratado como crime.

Em São Paulo, os moradores das habitações localizadas em áreas de preservação ambiental tem sido autuados como autores de crimes ambientais previstos nos artigos 48 e 64 da Lei 9605/98[16].

Sem adentrarmos na discussão sobre qual dos crimes seria o mais adequado para tipificar a conduta, bem como sobre as implicações do caráter permanente do crime do art. 48, o fato é que ambos os crimes são punidos apenas a título de dolo.

Conceitua-se dolo como a vontade consciente de praticar a conduta típica, acompanhada da consciência de que se realiza um ato ilícito (de repercussão penal), compreendendo o desvalor que a conduta representa[17]. A esmagadora maioria das pessoas autuadas pertence à população de baixa renda, de origem humilde e simples, e a construção incriminada teve por único objetivo acolher os integrantes de sua família numa moradia com o mínimo de dignidade e proteção, que ali se encontram há anos e de forma consolidada. Se o único objetivo de tais pessoas foi o de prover moradia a sua família, não há como vislumbrar dolo em sua conduta, o que torna atípico o seu

---

[13] Celso Antonio Bandeira de Mello, *Curso de Direito...*, ob. ciit., p. 65.

[14] Cf. Carlos Ari Sundfeld, *Estatuto da Cidade: Comentários à Lei Federal 10.257/2001*, Adilson Dallari e Sérgio Ferraz (coords.), Malheiros, 2002, p. 59.

[15] Idem, p. 54

[16] Art. 48- Impedir ou dificultar s regeneração natural de florestas e demais formas de vegetação: pena – detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e multa.
Art. 64 – Promover construção em solo não edificável, ou no seu entorno, assim considerado em razão de seu valor paisagístico, ecológico, artístico, turístico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida: pena – detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e multa.

[17] Guilherme de Souza Nucci, Código Penal Comentado, RT, 4ª ed., p. 138

comportamento para fins penais, ainda que se sujeite às sanções administrativas e civis, sempre se respeitando o devido processo legal, com todas as suas garantias constitucionais.

A dimensão do problema social decorrente de eventual conflito entre dois direitos fundamentais (direito à moradia e direito ao meio ambiente) não pode ser resolvida na esfera penal, pois de crime não se trata, por ausência de dolo na conduta de seus agentes.

As informações prestadas pela Promotoria de Justiça do Meio Ambiente de São Paulo revelam que há mais de 1.500.000 de pessoas ocupando, em residências, as áreas não edificáveis das bacias dos reservatórios Guarapiranga e Billings, a evidenciar de que se trata de um grave problema social decorrente de ausência de políticas públicas adequadas para a habitação popular.

Se foi negado acesso e resposta adequada aos anseios por moradia da população de baixa renda, por meio de imposição de normas urbanísticas impossíveis de serem cumpridas por ela ou por ausência de programas e investimento na construção de habitação popular, não pode agora o Estado oferecer como reposta à essa mesma população (que foi, sim, empurrada por ele para a ilegalidade) o Direito Penal, criminalizando a conduta de quem construiu um lugar para se abrigar.

Ao Ministério Público, que se quer defensor da sociedade, cabe agir com responsabilidade e discernimento, não criminalizando, de imediato, condutas que são advindas de questões sociais profundas, ocasionadas por décadas de omissão do Estado na implementação das políticas públicas necessárias para efetivação dos direitos fundamentais, apenas porque formalmente se mostram conforme o fato típico penalmente descrito.

O Ministério Público, diante da magnitude de seu papel constitucional, não deve adotar postura simplista diante de tais questões, seja para criminalizar ou para absolver os moradores de habitações irregulares. De nossa instituição é esperado que assuma o desafio de buscar soluções construídas a partir da negociação e da assunção de compromissos entre todos os envolvidos nos interesses e direitos em suposto conflito, visando preservar o direito ao meio ambiente saudável e sustentável sem restringir em demasia o direito fundamental à moradia e nem tampouco marginalizar e criminalizar a população de baixa renda.

6. Conclusão

1. Nas favelas de grandes centros urbanos existentes em áreas de preservação ambiental deve ser observado o regime jurídico do direito à cidade sustentável positivado na Constituição Federal (art. 182) e na lei de regência de espécie (Estatuto da Cidade).

2. Projetos de regularização urbana e de regularização fundiária devem ser priorizados, sobretudo em atenção à garantia de saneamento básico, de forma a também assegurar o cumprimento dos direitos fundamentais à saúde (art. 196 da CF) e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225).

3. Em ofensa ao direito a uma moradia digna (art. 6º da CF), desabrigar moradores de baixa renda dos locais afetados, mediante a demolição de suas casas, sem ordem judicial (art. 5º, XXXV, LIV e LV, da CF), não encontra ressonância no legítimo exercício do poder de polícia administrativo.

4. O Direito Penal não é resposta adequada para os moradores das habitações populares da região dos mananciais, por ausência de dolo em suas condutas.

5. O Ministério Público tem o dever de promover a construção de soluções negociadas que compatibilizem direitos fundamentais que estejam porventura em conflito em determinado caso concreto.

7. Bibliografia

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DI PRIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

JHERING, Rudolf von. *A finalidade do direito*, t. I. Campinas: Bookseller, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza, *Código Penal Comentado*. 4ª ed. São Paulo: RT.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SUNDFELD, Carlos. *Estatuto da Cidade: comentários à Lei Federal 10.257/2001*, DALLARI, Adilson e FERRAZ, Sérgio Ferraz (coords.). São Paulo: Malheiros, 2002.

108

O DOLO EVENTUAL NO TRIBUNAL DO JÚRI

Luís Antônio Minotto Portela

Promotor de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

SÍNTESE DOGMÁTICA: Em razão da problemática existente no tocante às mortes ocasionadas por condutores de veículos automotores, mister uma postura pró-ativa do Ministério Público, requerendo a incidência do dolo eventual e julgamento pelo Tribunal do Júri em casos excepcionais.

FUNDAMENTAÇÃO:

INTRODUÇÃO

É óbvio que a matéria é de extrema relevância, em razão das inúmeras mortes que ocorrem no trânsito e da discussão jurídica que aflora a respeito dos conceitos de dolo eventual e culpa consciente, bem como de seus consectários legais.

A complexidade desta diferenciação foi revelada por ROXIN, dos maiores penalistas da atualidade, ao descrever:

"La cuestión de cómo se ha de determinar y cómo se ha de delimitar el dolo eventual frente a la imprudencia (consciente) no sólo posee una extraordinaria importancia práctica, sino que es considerada también "*una de las cuestiones más difíciles y discutidas del Derecho penal*" (grifei).

ROXIN traz à tona uma decisão do Tribunal Alemão a respeito da diferença entre dolo eventual e culpa consciente a partir de um caso que ocorreu no pós-guerra, quando A e B queriam roubar C e resolveram estrangular a vítima com uma corda de couro para levar seus pertences. Mas concluíram que o estrangulamento poderia levar à morte de C. Assim, resolveram golpeá-lo com um saco de areia para que ficasse inconsciente e pudessem roubar seus objetos. Ocorre que ao golpearem C, o saco rompeu-se e houve uma luta corporal entre os três, quando os meliantes recorreram à corda de couro, sendo que ambos puxaram de cada lado, momento em que a vítima desmaiou, tendo os agentes subtraído seus bens. Antes de fugirem, ficaram com dúvida se a vítima estaria morta e tentaram reanimá-la, o que restou inútil.

A partir deste exemplo, diz ROXIN, houve todo um questionamento pelo Tribunal Alemão, que suscitou discussão existente até hoje: qual a diferença entre dolo eventual e culpa consciente.

Para responder a esta questão, temos que recorrer à diferença material que existe entre dolo direto e culpa. Dolo é a realização de um plano, objetivo, enquanto culpa é a negligência, a desatenção. No caso da morte da vítima, diz ROXIN, houve um caso limite, onde se insere o dolo eventual. Os sujeitos não agiram de forma descuidada e irreflexiva, mas se deram conta perfeitamente que sua atuação poderia conduzir à morte da vítima, tanto que em um primeiro momento utilizaram o saco de areia, voltando ao projeto original e arriscando-se, conscientemente, a produzir a morte de C, por mais desagradável que lhes fosse esse resultado. Incluíram nos seus cálculos a eventual morte da vítima.

Continua ROXIN: "quem inclui em seus cálculos a realização de um tipo reconhecido como possível, mesmo que eventualmente e contra suas próprias esperanças de evitá-lo, agindo conscientemente contra o bem jurídico protegido, responde pelo resultado típico. Esta decisão pela possível lesão de bens jurídicos é que diferencia o dolo eventual em seu conteúdo de desvalor da culpa consciente e que justifica sua punição mais severa".

ALGUMAS TEORIAS ANALISADAS POR ROXIN

TEORIA DA APROVAÇÃO OU DO CONSENTIMENTO

Teoria segundo a qual para a configuração do dolo eventual é fundamental que haja a previsão do resultado e que o sujeito o tenha aprovado anteriormente, ou seja, esteja de acordo com ele.

Diz ROXIN que esta teoria é falha porque nunca haveria dolo eventual no caso da corda de couro, porque a morte da vítima não foi desejada.

TEORIA DA INDIFERENÇA

Desenvolvida por Engisch, defende que existe dolo eventual "quando o sujeito recebe com indiferença as conseqüências acessórias negativas meramente possíveis, e não há dolo eventual quando considera indesejáveis essas conseqüências, mas tem a esperança de que não ocorrerão".

Segundo ROXIN, a teoria é perfeita quando diz que há dolo eventual no momento em que a indiferença é um indício seguro de que o sujeito se resignou ao resultado e, portanto, atuou dolosamente.

Ela peca quando expressa que se o resultado não é desejável, inexiste o dolo, porque no caso da morte com a corda de couro haveria culpa consciente e não dolo, uma vez que os agentes não desejavam a morte da vítima.

TEORIA DA REPRESENTAÇÃO OU DA POSSIBILIDADE

Se opõe à teoria da vontade e propugna a fixação somente em momentos intelectivos para determinar o limite do dolo. Foi desenvolvida no pós-guerra e ressurge hoje com vários adeptos: **a mera representação da possibilidade de produção do resultado sem nenhum elemento volitivo já fundamenta o dolo eventual (teoria da possibilidade).**

Se alicerça na idéia de que a mera representação da possibilidade já deveria fazer desistir o sujeito de seguir atuando e que a confiança na não produção do resultado encerra em si a negação de sua possibilidade.

É uma teoria mais radical, que em resumo afasta a culpa consciente, porque dizem seus adeptos que toda culpa é inconsciente. No momento em que há consciência, há dolo. Dolo significa conhecimento. Culpa eqüivale a desconhecimento.

ENRIQUE BACIGALUPO ZAPATER, seguidor de JAKOBS, encampa essa tese, destacando que "no dolo eventual as conseqüências da ação não perseguidas intencionalmente pelo autor são, ao menos, possíveis". Expressa que atualmente se está colocando de lado a teoria da vontade; assim, estará agindo com dolo eventual o autor que "saiba que as conseqüências acessórias possíveis de sua atuação não são improváveis". Refere que se deve afastar o elemento volitivo do dolo. Não se deve questionar da vontade. Essas teorias estão ultrapassadas. Atualmente só existe uma forma de dolo.

Acrescenta que "desde a perspectiva deste conceito de dolo resulta muito simples a distinção ente dolo e culpa. As teorias tradicionais do dolo levantavam este problema ao delimitar o dolo eventual da culpa consciente ou com representação, ou seja, nos casos em que o autor age tendo conhecimento do perigo de sua atuação, mas confiando que o resultado não se produziria. A partir desta concepção do dolo eventual como conhecimento de que o resultado não é improvável, somente cabe admitir como culpa a inconsciente, ou seja, aquela em que o autor não teve esse conhecimento. Como se disse, a distinção entre dolo e culpa não deve ocorrer na antinomia 'voluntário/involuntário', senão que no par de conceitos 'conhecimento/desconhecimento'".

TEORIA DA PROBABILIDADE

Defendida por Meyer e Welzel, sustenta que **probabilidade significa mais que uma mera possibilidade e menos que probabilidade predominante**.

A crítica neste caso, por parte de ROXIN, consiste em que poucos sujeitos refletem, pensam a respeito dos graus determinados de probabilidade no momento da realização de uma conduta.

PUPPE apresentou uma variante melhorada ao dizer que "**dolo é saber a respeito de um perigo qualificado. A conduta do sujeito é expressão de sua decisão pelo resultado quando o perigo que o sujeito cria para o bem jurídico é de tal qualidade e quantidade que uma pessoa sensata saberia que o resultado lesivo deveria ocorrer ou pelo menos pode produzir-se**" (grifei).

AS FÓRMULAS DE FRANK

São duas as fórmulas de Frank, sendo que no **primeiro caso** a doutrina traz a decisão acerca do "caso dos mendigos": uns mendigos mutilam uma criança para que provoque compaixão nas pessoas. Quando agem, têm como plenamente séria a possibilidade de que a criança possa inclusive morrer em razão das conseqüências da mutilação.

Outro exemplo: "um rapaz aposta 20 marcos que pode acertar com um tiro uma bola de cristal que é segurada por uma moça em um parque de diversões. Ele acredita que, no caso de falhar, poderá desaparecer na multidão. Acaba acertando o braço da moça. É evidente que ele não agiria se soubesse que iria acertar a mão da moça. Não obstante, ele incluiu o fracasso nos seus cálculos, porque suas perspectivas de êxito eram mais importantes que o risco de falhar. Agiu com dolo eventual".

A **segunda fórmula** é mais conhecida: "se o sujeito diz: 'haja o que houver, ocorra o que ocorrer, eu vou agir', responde dolosamente".

TEORIA DA IMPROBABILIDADE DE PRODUÇÃO DO RESULTADO E A HABITUALIDADE AO RISCO DE JAKOBS

Para JAKOBS, também considerado um dos principais penalistas do mundo, **o dolo eventual ocorre quando o sujeito, no momento da ação, julga que a realização do tipo como conseqüência de sua conduta não é improvável**. Em outras palavras, entendemos que quando o sujeito julga que é provável que possa acontecer o resultado e age, responderá por dolo eventual.

A segunda teoria de JAKOBS é de extremo relevo para o assunto em questão e se refere aos riscos não permitidos que sem dúvida existem estatisticamente, mas que não se pode demonstrar na experiência individual. Ex.: "Quem conduz moderadamente bêbado um automóvel origina um risco...estatisticamente calculado, mas individualmente insignificante se existe certa habitualidade em relação ao resultado". O mesmo ocorrerá quando se supera a velocidade máxima ou quando não se respeita a distância de segurança entre um carro e outro.

Age com dolo, todavia, quem cruza cegamente um semáforo vermelho ou ultrapassa um automóvel em uma estrada estreita em situação de tráfego intenso.

Os casos de dolo eventual, diz JAKOBS, representam situações críticas. O dolo eventual **depende da importância do bem afetado e da intensidade do risco.**

Registre-se a crítica que é feita por ROXIN a JAKOBS: "este sim é um enfrentamento de gigantes".

"Se tratam de indícios dignos de serem tomados em conta, mas muito rígidos se se pretende ligar a eles o juízo de que a produção do resultado é improvável. Não se compreende porque, por exemplo, a embriaguez ao volante não fundamenta o dolo eventual e o fato de passar o semáforo vermelho será sempre dolo eventual; ambos os modos de comportar-se estão por igual estritamente proibidos e convertidos em tabu".

SITUAÇÃO ATUAL NA ALEMANHA

Desde o caso da corda de couro, que foi resolvido em 1955, a jurisprudência alemã tem tomado o seguinte rumo:

Considera suficiente para a existência do dolo eventual que o agente tenha como provável o resultado, resignando-se a ele, e não entende a aprovação como desejo, senão no sentido de que o sujeito deve assumir em sua vontade o resultado representado como possível.

Concluindo: se o agente assumiu o resultado representado como possível, mesmo não o querendo, responderá por dolo eventual.

Ex.: O Tribunal Alemão decidiu o caso em que o acusado fugia da polícia e investiu seu carro contra o veículo da polícia, causando a morte de seus ocupantes. Ele não queria a morte dos policiais, mas havia se dado conta dessa possibilidade. Não desejava a morte, mas atuou de conformidade com seu plano porque queria escapar de qualquer forma da polícia.

Como decidiu o referido Tribunal:

"O decisivo é...o sujeito...admitir conscientemente que precisamente esta ação pode produzir o resultado material por ele considerado possível e não muito remoto...se o acusado previu que os funcionários da polícia poderiam resultar mortos pelo choque, então não poderia ter confiado que isso não aconteceria. Pode ter desejado que não houvesse a morte dos policiais, mas isso não se opõe ao dolo eventual de matar".

A sentença faz depender o dolo, por completo, no sentido aqui defendido, da decisão pela possível lesão dos bens jurídicos.

Outro caso julgado pelo Tribunal Alemão: O acusado conduziu seu veículo em direção ao policial que estava em uma barreira para atravessá-la, somente não atingindo-o porque a vítima saltou para o lado no último momento. Há dolo eventual.

No exemplo acima, conclui o Tribunal Alemão: "Dolo eventual e culpa consciente se distinguem unicamente porque quem atua com culpa consciente não está de acordo com a conseqüência reconhecida como possível e confia, por isso, em sua não produção. No dolo eventual o agente atua de acordo com a produção do resultado material no sentido de que se conforma com ele, aprovando-o, ou ao menos se resigna com a realização do tipo".

No dizer de ROXIN, "dado que os limites de ambas as formas de culpabilidade estão muito próximas uma da outra, a solução não deve ocorrer de forma esquemática, senão somente após o exame da situação altamente individual do respectivo sujeito".

Por outro lado, o Tribunal Alemão tenta facilitar a apreciação das circunstâncias individuais mediante múltiplos indícios objetivos, dentre os quais passaram a um primeiro plano nas decisões recentes os indicadores objetivos:

a) de probabilidade (perigo extremo) e b) o agente deixar que as coisas sigam seu curso.

As decisões na Alemanha têm seguido a seguinte lógica: "**Existe dolo eventual quando o sujeito reconhece a produção do resultado típico como possível e não muito remoto e o aprova**" (grifei). Mas o que seria esta aprovação? "É quando o sujeito leva a cabo seu projeto apesar do extremo perigo, sem poder confiar em um desenlace feliz e quando deixa ao azar que o perigo por ele conhecido se realize ou não. Assim, tem que ser observada a aprovação, mesmo quando o sujeito não deseje o resultado em si, mas apesar de colocar em perigo a vítima, continua agindo em sua finalidade a qualquer preço".

O estado da situação na Espanha é relatado por MUÑOZ CONDE quando conceitua as duas principais teorias, da probabilidade e da vontade ou consentimento, referindo que o Tribunal Espanhol tem inclinação ora por uma, ora por outra.

SITUAÇÃO ATUAL NO BRASIL

A seguir, trazemos alguns casos com os quais trabalhamos no Tribunal do Júri em Porto Alegre, em que se faz necessário o reconhecimento do dolo eventual:

1. Caso de um motorista em uma camioneta possante, fazendo um racha em uma das principais artérias da cidade, embriagado, em excesso de velocidade, que colhe um rapaz a um metro da calçada e o joga a cerca de 10 metros (processo nº 001/2.05.0005787-8, disponível em: *http://www.tjrs.jus.br/*).

2. Noutro processo, tratava-se de um motorista, dirigindo na Zona Norte, em uma região de rachas, a mais de 150 km horários, à noite, com os faróis desligados (sendo que seu amigo havia lhe advertido para ligar os faróis e diminuir a velocidade). Momentos após, acaba por atingir dois pedestres. Com o impacto, ele rompe a perna de uma das vítimas e segue com o membro colado ao pára-choques por centenas de metros. Matou duas pessoas (processo nº 001/2.05.0729928-1, disponível em: *http://www.tjrs.jus.br/*).

3. Outro caso que será julgado, e em razão de não tramitar em segredo de justiça trazemos o exemplo, é o seguinte: um condutor, já acostumado a cometer inúmeras infrações de trânsito, passa um sinal vermelho na Av. Assis Brasil, à velocidade de 162 km/h. Na outra via, um Kadett é atingido. No Audi do condutor se abrem todos os airbags e o motorista sai intacto. No outro automóvel, o Kadett, sem airbag, barras de proteção, etc., morrem três pessoas e outras ficam feridas (processo nº 001/2.05.0707059-4, disponível em: *http://www.tjrs.jus.br/*).

É óbvio que, provados os fatos elencados, não existe uma resposta esquemática para o problema, porque, como sustenta a moderna jurisprudência e doutrina alemãs, cada caso tem que ser analisado individualmente.

Ademais, há dezenas de acórdãos afirmando a existência do dolo eventual nos crimes de trânsito. Mesmo assim, mister salientar que o dolo eventual em tais delitos é excepcional e não deve ser vulgarizado.

CONCLUSÃO

Em razão da doutrina e da jurisprudência analisadas anteriormente, conclui-se, de forma inexorável, pela viabilidade do dolo eventual nos delitos de trânsito, e pela necessidade da repressão por parte do Estado.

O dolo eventual nos crimes de trânsito é afirmado no Brasil, que ratifica entendimentos esposados em outros países. Nesta senda, MUÑOZ CONDE: "De fato, a contínua jurisprudência em relação aos delitos de trânsito, considerando que na maioria deles incidem na forma culposa ou condução temerária, a serem valorados no caso de ocorrerem lesões ou morte pelos correspondentes crimes de lesões ou homicídio culposo, demonstra que não é suficiente a representação da alta probabilidade do resultado para que a imputação seja a título de dolo, mesmo que seja eventual, sobretudo quando se trata de comportamentos habituais e freqüentes como são os relacionados com a condução de veículos de motor. **De todos modos, a condução de um veículo automotor mais além das regras normais de condução pode fundamentar, em alguns casos extremos, a imputação a título de dolo eventual, ex.: pilotos suicidas**" (grifei). Neste caso, trata-se de motoristas que ingressam em uma Freeway na contramão, apostando valores, para demonstrar que são bons pilotos, conduzindo seus veículos dessa forma por vários quilômetros.

Recordando o exemplo dado por JAKOBS e aprofundando a análise fática, a situação do condutor que por descuido ingressa em via movimentada e vem a causar um acidente é bem diferente daquela em que o motorista que se dá conta que o semáforo está vermelho e, ultrapassando-o em alta velocidade, vem a causar mortes. Não temos dúvidas de que haverá culpa no primeiro caso e dolo eventual no segundo exemplo.

Basta que lembremos situações vivenciadas no trânsito para que nos venha à mente condutas com dolo eventual.

Como afirmado anteriormente, o reconhecimento do dolo eventual nos delitos ocorridos no trânsito não deve ser vulgarizado, incidindo apenas nos casos mais excepcionais e graves, quando não há que se falar meramente em culpa.

Entretanto, não se pode, como pretende parte da doutrina, negar a existência do dolo eventual no trânsito em todas as situações, uma vez que, diante de determinados casos, em que o agente prevê a possibilidade de ocorrência do resultado e não obstante segue atuando, assentindo com a produção do evento, deve ser reconhecida a conduta dolosa na forma eventual. A jurisprudência demonstra que essa solução tem sido adotada no Brasil e em países estrangeiros.

BIBLIOGRAFIA

JAKOBS, Gunther. *Estudios de Derecho Penal*, traducción al castellano de Enrique Ramos, Carlos J. S. González y Manuel Cancio Meliá. Editorial Civitas, Madrid, 1997.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal, Parte General*. 4ª Edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

ROXIN, Claus. *La Evolución de la Política Criminal, El Derecho Penal y el Proceso Penal*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

ZAPATER, Enrique Bacigalupo. *Principios de Derecho Penal. Parte General*. 5ª Edición. 1998.

116

O MINISTÉRIO PÚBLICO TEM DIREITO AO CONTRADITÓRIO EM *HABEAS CORPUS*

Eduardo Sens dos Santos

Promotor de Justiça/SC

SÍNTESE DOGMÁTICA DA PROPOSIÇÃO

Não há dúvidas de que boa parte dos procedimentos previstos no Código de Processo Penal de 1941 está defasada diante da Constituição da República de 1988. Todavia, vozes só se levantam para postular a atualização em favor do réu, nunca em favor do Ministério Público, que, em sua atuação, defende interesses igualmente relevantes à sociedade.

O procedimento do *habeas corpus* é um desses procedimentos desatualizados.

Entende-se que diante da garantia constitucional do contraditório – amplíssima, aliás, já que prevista para qualquer espécie de processo ou procedimento, judicial ou administrativo – quando o "litigante" for o Ministério Público também deverá ser resguardado o contraditório, seja qual for a espécie de ação, notadamente a ação constitucional de *habeas corpus*.

Só com o respeito à garantia constitucional poderão as partes (Ministério Público e acusado) encontrar-se em plano de igualdade perante o julgador, no caso, o Tribunal de Justiça ou tribunais superiores, garantindo-se assim uma forma mais democrática de exercício da jurisdição.

Para garantir na prática o direito ao contraditório, propõe-se a adoção de cinco providências institucionais, que poderão ser feitas inclusive a título de recomendação: a) passarem os membros do Ministério Público de primeiro grau a requerer aos tribunais o respeito ao contraditório e a efetivamente apresentarem manifestação nos casos postos em julgamento; b) passarem as procuradorias de justiça a requerer a intimação do Ministério Público em primeiro grau sob pena de nulidade; c) munir órgãos com legitimidade recursal no Ministério Público com argumentos para impugnarem decisões tomadas sem o contraditório; d) propor o Procurador-Geral de Justiça a reforma do regimento interno do tribunal para incluir disposição expressa determinando a intimação do Ministério Público de primeiro grau, por fax, correio eletrônico ou qualquer outro meio, para se manifestar; e) atuar em simpósios, congressos, discussões em sessões e compor comissão para levar a tese aos desembargadores e ministros.

EXPOSIÇÃO E CONCLUSÃO OBJETIVA

1. Introdução

Na classificação mais moderna, o *habeas corpus* é considerado "ação constitucional". Se é *ação*, todas as implicações deste conceito devem ser reconhecidas e aplicadas na prática. Uma delas, a que importa para esta tese, é a garantia de contraditório.

Não se compreende porque os tribunais do país ainda não atentaram para este pequeno grande detalhe. Na verdade, até se compreende, dada a inexistência de controles mais eficazes sobre a atividade do Ministério Público ou sobre a eficiência na atuação dos promotores. Diferentemente de outros países, em que órgãos como este prestam contas não apenas quantitativas, mas também qualitativas à sociedade, o Ministério Público brasileiro não vê como séria a necessidade de instituição de uma política de eficiência em suas funções. Daí porque não atentam as corregedorias para aspectos como a relação entre pedidos de condenação em alegações finais, sentenças de absolvição e recursos. O mesmo se diga em relação ao *habeas corpus*.

Não se pretende, é óbvio, provocar a criação de uma política institucional de mérito pelo número de condenações. Mas, é mais óbvio ainda, se o Ministério Público requer a condenação e não a obtém, de três opções devemos escolher apenas uma: ou pediu errado a condenação, ou se omitiu na formulação de recurso, ou, o que é menos provável, diante da argumentação do juiz acabou convencido, o que pressupõe novamente que não analisou com cuidado o caso quando pediu a condenação. Essa providência estimularia até mesmo uma maior *responsabilidade* nas conclusões das alegações finais e formulação da denúncia.

Pois bem. Se o contraditório é garantia dada a todos "os litigantes", conforme prevê expressamente o texto constitucional, quando o litigante for o Ministério Público, ou mesmo o acusador particular, deverá também ser resguardada esta garantia.

A tese implica analisar os seguintes fatores: a) como está disciplinado o processo de *habeas corpus*; b) quais as correções necessárias diante da Constituição da República de 1988; c) qual o papel do Ministério Público em segundo grau (procuradorias de justiça); d) ponderação entre os interesses antagônicos: celeridade e contraditório; e) quais as implicações do desrespeito à garantia do contraditório em relação ao Ministério Público; f) sugestões práticas e conclusões.

2. O processo de *habeas corpus*

Apesar da extensão do capítulo destinado ao "*habeas corpus* e seu processo" no Código de Processo Penal, poucos dispositivos referem-se especificamente ao procedimento. Relega-se aos tribunais de justiça a expedição de "normas complementares para o processo e julgamento do pedido de *habeas corpus* de sua competência originária" (art. 666).

Em relação aos *habeas corpus* de competência originária dos tribunais de justiça, o que é evidentemente a situação mais comum, determina o Código de Processo Penal que "a petição de *habeas corpus* será apresentada ao secretário, que a enviará imediatamente ao presidente do tribunal, ou da câmara criminal, ou da turma, que estiver reunida, ou primeiro tiver de reunir-se".

É nítida a intenção de dar ao procedimento o caráter mais célere possível. Tanto é que, se alguma das câmaras criminais estiver reunida no momento da distribuição da ação, deverá o secretário apresentá-la diretamente ao presidente da câmara. Sabe-se perfeitamente bem, contudo, que diante da avalanche de processos nos tribunais brasileiros tal prática hoje é impossível. Fica o registro, todavia, apenas para deixar clara a postura pela celeridade, que será adiante discutida.

Na seqüência, determina o Código de Processo Penal que o presidente da câmara (na prática atual, o relator) poderá requisitar da autoridade coatora informações por escrito (art. 662) e que, tão logo apresentadas as informações (ou quando dispensadas), "o *habeas corpus* será julgado na primeira sessão, podendo, entretanto, adiar-se o julgamento para a sessão seguinte".

No Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por exemplo, o regimento interno não contém maiores regras. Prevê apenas a possibilidade de requisição de informações à autoridade e o poder de avocar os autos quando "indispensável à instrução do feito". Nada menciona sobre a manifestação do Ministério Público. Na prática do TJSC, porém, o Ministério Público é ouvido na qualidade de *custos legis*, por uma das procuradorias criminais.

No Supremo Tribunal Federal o regimento interno prevê que, depois de "instruído o processo", será ouvido o Procurador-Geral da República em dois dias (art. 192, §1º). No Superior Tribunal de Justiça também há previsão para que, depois de "instruído o processo", seja "ouvido o Ministério Público", que, neste caso, é representado pelo Subprocurador-Geral da República (art. 202).

É interessante notar que no Projeto de Novo Código de Processo Penal, apresentado ao Senado por comissão de juristas especialmente formada para a matéria em abril de 2009[1], consta que o Ministério Público (que no caso é a Procuradoria de Justiça, ou seja, segundo grau), terá vista dos autos por cinco dias (art. 646).

Apenas a título de comparação, na legislação argentina sobre *habeas corpus* é prevista a notificação escrita ou oral do Ministério Público, que "terá no procedimento todos os direitos outorgados aos demais intervenientes" e a quem se garante o direito de "apresentar os pedidos que crer convenientes e recorrer da decisão qualquer que seja seu sentido"[2].

Como se vê, no direito processual penal brasileiro não há previsão de intimação do Ministério Público, de primeiro ou de segundo grau, para resposta ao pedido formulado na ação constitucional de *habeas corpus*. Limitam-se os regimentos e o próprio Projeto de Novo Código de Processo Penal a colher a manifestação do

---

[1] Brasil. Senado Federal. *Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal*. Brasília : Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2009. 160 p. Disponível em http://www.senado.gov.br/novocpp/pdf/anteprojeto.pdf, acesso em 29 de setembro de 2009.

[2] Art. 21 da Lei nº 23.098, de 28 de setembro de 1984: Art. 21.- Intervención del Ministerio Público. Presentada la denuncia se notificará al Ministerio Público por escrito u oralmente, dejando en este caso constancia en acta, quien tendrá en el procedimiento todos los derechos otorgados a los demás intervinientes pero no será necesario citarlo o notificarlo para la realización de los actos posteriores. Podrá presentar las instancias que creyere convenientes y recurrir la decisión cualquiera sea el sentido de ella. Disponível em http://www.fabiandiplacido. com.ar/leyes/ley_23098.pdf, acesso em 29 de setembro de 2009.

Ministério Público em segundo grau, ou seja, do órgão que não é considerado "litigante" no processo judicial em que ocorre a suposta coação que fundamenta o *habeas corpus*. Colhe-se apenas a posição do *custos legis*, que via de regra e salvo excepcionalíssima situação, não tem conhecimento direto das provas produzidas e está afastado muitas vezes mais de mil quilômetros do local dos fatos, dadas as dimensões territoriais do Brasil.

3. Correções necessárias

Como todo processo, o processo de *habeas corpus* deve se pautar não apenas pelas regras legais vigentes, mas também pelas normas constitucionais aplicáveis.

A Constituição da República de 1988 previu expressamente como direito de todo litigante, seja pessoa física ou jurídica, seja instituição pública ou privada, seja o Ministério Público ou o réu, o direito ao contraditório: "Aos *litigantes*, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes" (art. 5º, LV).

Trata-se do princípio da *audiência bilateral*, muito bem sintetizado por Antônio, Ada e Cândido da seguinte forma: "O juiz, por força de seu dever de imparcialidade, coloca-se entre as partes, mas equidistantes delas: *ouvindo uma, não pode deixar de ouvir a outra*; somente assim se dará a ambas a possibilidade de expor suas razões, de apresentar suas provas, de influir sobre o convencimento do juiz. Somente pela soma da parcialidade das partes (uma representando a *tese* e a outra a *antítese*) o juiz pode corporificar a *síntese, em um processo dialético*"[3].

Prosseguem os autores informando que "decorre de tais princípios a necessidade de que se dê ciência a cada litigante dos atos praticados pelo juiz e pelo adversário. Somente conhecendo-os, poderá ele efetivar o contraditório"[4].

Esta norma constitucional, portanto, deve permear todo e qualquer processo, inclusive o processo de *habeas corpus*. O Código de Processo Penal, na omissão, é inconstitucional por negar a um dos litigantes esta garantia processual. Os regimentos internos igualmente. Deverão todos, portanto, ser atualizados, sob pena de tornarem-se nulas as decisões assim proferidas.

4. Papel do Ministério Público em segundo grau

A função das procuradorias de justiça criminais em segundo grau de jurisdição inverte-se em relação à das promotorias de justiça criminais. Ao passo que estas são em regra parte nos processos, e só excepcionalmente atuam como *custos legis*, as procuradorias são em regra *custos legis*, é só excepcionalmente atuam como parte.

Pode-se dizer, portanto, que a função das procuradorias não é de *parte processual* no sentido estrito, ou seja, de quem pede ou requer algo ao tribunal; a função das procuradorias é de fiscal da lei, de parecerista, de auxiliar do órgão julgador de segundo grau. Salvo os casos específicos em que atua como parte em sentido estrito (por exemplo, na ação penal de competência originária dos tribunais), portanto, as procuradorias de justiça não têm função agente.

Apenas para exemplificar, pode-se citar o exemplo do processo nas ações de revisão criminal, em que o próprio Código de Processo Penal determina a abertura de "vista dos autos ao procurador-geral, que dará *parecer* no prazo de dez dias" (art. 625, §5º). Ora, se remete para "parecer", remete para que seja emitida uma posição imparcial sobre o caso em julgamento. E, se a função é dar "parecer", está evidente que não se trata de parte, já que parte não "dá parecer", mas "requer" o que entender de direito.

Ainda exemplificando, nos recursos cíveis em geral, como os agravos de instrumento e apelações, o Ministério Público, quando é *parte* recorrida, é instado a se manifestar pelo membro de primeiro grau. O membro de segundo grau, ainda assim, é novamente instado a se manifestar, mas desta vez como mero fiscal da lei. Nos recursos criminais em geral também ocorre assim: no recurso em sentido estrito, na apelação, no agravo em execução, em todos estes recursos o promotor de justiça (primeiro grau) é quem se manifesta como parte. O procurador exerce a função de *custos legis*. Nem poderia ser diferente, já que o conhecimento da causa é sempre mais profundo no primeiro grau.

Na atualidade, em que a sobrecarga de trabalho das promotorias de justiça afeta negativamente as funções institucionais do Ministério Público (art. 129), vem-se paulatinamente discutindo e negando razoabilidade para a manutenção de tamanha estrutura no segundo grau do Ministério Público. Sem acesso às informações completas do caso, sem contato direto com os envolvidos, sem a percepção da realidade da comarca, o Ministério Público em segundo grau acaba se tornando mero opinador sobre o que lhe é apresentado pela parte. E, no caso dos *habeas corpus*, pior ainda, opina à vista do que lhe é apresentado justamente por aquele contra quem litiga o Ministério Público: o acusado. O Ministério Público em segundo grau, assim, acaba tendo de se posicionar apenas diante da

[3] CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 12ª ed. São Paulo : Malheiros, 1996, p. 55.

[4] Idem, p. 56.

versão e documentos apresentados pela parte interessada em ver deferido o *habeas corpus*, situação evidentemente prejudicial à acusação.

Questão interessante que surge neste momento é a da unidade e indivisibilidade do Ministério Público, princípios previstos expressamente no §1º do art. 129 da Constituição da República. Por unidade entende-se que os membros do Ministério Público, sejam de primeiro ou de segundo grau, integram um só órgão sob a direção única do Procurador-Geral. Ressalva-se, é claro, que só existe unidade dentro de cada Ministério Público, já que entre os diversos ramos do Ministério Público (Estadual, Federal, do Trabalho, Militar) há unidades autônomas. Além disso, se é indivisível, não há vinculação aos membros em relação aos processos em que atuam. Podem ser substituídos e sucedidos por outros membros, inclusive pelo segundo grau, sem que haja, no plano exclusivamente jurídico, maiores problemas[5].

De fato, se o Ministério Público é uno e indivisível, tanto faz, nesta bela teoria, falar no segundo grau o promotor ou o procurador de justiça. Qualquer dos membros é Ministério Público e, assim, pode-se objetar, estaria atendido o princípio da *audiência bilateral*, que para garantir o contraditório exige que a parte contrária seja ouvida pelo juiz.

Já se desenvolveu linhas acima o argumento de que esta posição afeta negativamente o trabalho do Ministério Público. Com a audiência de um membro que está distante, por vezes mais de mil quilômetros, do local dos fatos, e que não mantém contato com os membros que atuaram no caso, e, pior ainda, que se contenta apenas com os documentos apresentados pela parte, não há dúvidas de que fatalmente corre sério risco a persecução penal promovida pelo próprio Ministério Público. Na verdade, o que ocorre é a falta de respeito material à garantia do contraditório. Formalmente pode até estar lá, mas na essência, não há verdadeiro contraditório.

Não é de se espantar, portanto, o número elevado de *habeas corpus* deferidos à vista das informações nos autos. Nem se diga que as "informações" são prestadas pelo juiz da causa, já que sua função, além da imparcialidade que deve manter, é meramente de relatar o caso do ponto de vista processual.

Apenas para exemplificar, imagine-se o pedido de *habeas corpus* instruído com a denúncia e depoimentos do auto de prisão em flagrante, que peça a liberdade provisória de preso por furto qualificado. Omite o impetrante os documentos que atestam a reincidência. O Ministério Público em segundo grau não tem estes documentos – embora tenha condições de obtê-los. O tribunal, como qualquer juiz, atuará de acordo com o princípio dispositivo e não diligenciará para buscar os documentos. Haverá grande probabilidade de concessão da ordem de soltura, já que, ao que "tudo" o que está no processo leva a crer, terá o preso direito à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e, portanto, não se justificaria a prisão cautelar. A reincidência, como se sabe, impede este direito.

Em segundo lugar, diga-se que, ao passo que ocorre esta verdadeira e estanque divisão no trabalho do Ministério Público (que deveria ser indivisível), os advogados acompanham os casos desde a Delegacia de Polícia até o Supremo Tribunal Federal, quando preciso. O *mesmo* advogado acompanha, melhor dizendo. Trabalha, assim, com todas as informações, em todos os momentos processuais, inclusive aquelas muitas, inúmeras informações, que não são registradas no processo. Desde uma pergunta não consignada no interrogatório por aparentar inicialmente impertinência até mesmo uma expressão de rosto, um comportamento, tudo isso é perdido pela divisão do trabalho no Ministério Público e é, por outro lado, aproveitado pelos advogados.

Enfim, o que se pretende deixar claro é que além da supressão material do contraditório que ocorre pela falta de audiência do Ministério Público em primeiro grau, como ocorre com os agravos de instrumento, com as apelações, com os recursos em sentido estrito e agravos em execução, a inabilidade do próprio Ministério Público em exercer sua indivisibilidade traz prejuízos maiores ainda à persecução criminal pela falta de contraditório em *habeas corpus*.

5. Ponderação entre os interesses antagônicos: celeridade e contraditório

Argumento de interessante análise é aquele que faz preponderar o valor *celeridade* sobre o valor *contraditório* nos processos de *habeas corpus*. Alega-se que, em se tratando de direito máximo a liberdade, deverá o processo tramitar o mais rapidamente possível, para evitar que, em caso de efetiva lesão ao direito da parte, possa haver maior prejuízo.

É preciso, todavia, levar os direitos a sério. Se a argumentação é livre, o convencimento não precisa ser. Aliás, nem mesmo a argumentação deveria ser tão livre assim quando se trata de processos judiciais, de direitos postos em julgamento, já que um dos princípios a nortear a atuação dos atores destes processos deve ser o da *responsabilidade*.

Em primeiro lugar, não há disposição legal, constitucional ou mesmo internacional que classifique o direito à liberdade como "direito máximo", como direito a ser buscado de qualquer forma e sob qualquer pretexto. Nem mesmo nos mais recentes estudos jurídicos se observa tal espécie de classificação. Se há algum direito, algum interesse, que atualmente se possa classificar de máximo, de basilar, de estar no topo do sistema jurídico, este direito é o da *dignidade humana*, mas não o direito à liberdade.

---

[5] Vide, por exemplo, MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*. 5ª ed. São Paulo : Atlas, 2005, p. 1628.

E isto é de suma importância para esta tese, porque a dignidade humana é alcançada de diversas formas e, não raras vezes, até mesmo pelo cerceamento da liberdade de quem pratica crimes. Para se viver em sociedade de modo digno é preciso coibir certas condutas, que, por exemplo, retiram a vida, a liberdade, a integridade física, o patrimônio, a honra dos seres humanos. Por vezes, é claro, para resguardar o valor dignidade será necessário conferir liberdade a quem se encontre preso. Tudo, evidentemente, a depender da situação concreta. O valor *dignidade*, portanto, tem esta característica proteiforme[6], tem esta característica de se amoldar aos casos concretos para permitir a máxima eficácia deste direito fundamental (dignidade) em cada caso.

A celeridade do *habeas corpus*, assim, não pode ter como fundamento um direito *máximo* de liberdade justamente porque este direito à liberdade não é máximo no sistema jurídico brasileiro nem, muito provavelmente, em qualquer outro. Este valor tem peso na ponderação a ser feita tão grande quanto os outros direitos, dentre eles o próprio direito ao contraditório[7].

Aliás, quando o ato que se esteja combatendo pela via do *habeas corpus* for ato judicial, como ocorre na maior parte dos casos, entra em cena outro valor a retirar aquela carga que poderia potencializar o valor celeridade. É que, como já se trata de ato judicial, a natural presunção é de veracidade dos fatos e acerto nos fundamentos da decisão. No ordenamento brasileiro não há previsão neste sentido, ao contrário de outros países[8], mas a jurisprudência vem reconhecendo o princípio da confiança no juiz[9].

Vale sempre lembrar, por fim, que a celeridade, apesar de ter assento recente no rol de direitos e garantias fundamentais (Art. 5º, LXXVIII, incluído em 2004), posta-se ao lado daquela que é uma das garantias mais antigas garantias processuais, prevista já deste os tempos romanos, como lembra Ovídio Baptista da Silva ao tratar do que chama de princípio de bilateralidade da audiência[10]. Se assim é, não pode a celeridade receber, *a priori*, valor maior que o contraditório.

Não é demais relembrar que na praxe forense dos tribunais brasileiros o argumento em prol da celeridade, além de tudo, é paradoxal. Ao passo que se nega o contraditório ao Ministério Público, ou seja, ao Ministério Público de primeiro grau, ao fundamento de que "não há previsão legal", remetem-se os autos para manifestação da Procuradoria de Justiça Criminal, providência que igualmente, como se viu, não está prevista no Código de Processo Penal ou nos regimento interno dos tribunais estaduais, mas apenas nos regimentos dos tribunais superiores.

6. Implicações do desrespeito à garantia do contraditório

Garantias processuais implicam sempre responsabilidades processuais. Com a garantia do contraditório não é diferente. Negada pelos tribunais, estará violado o inciso LV do art. 5º da Constituição da República. E, como se trata de nulidade absoluta, deve ser decretada em qualquer instância e a qualquer tempo.

O próprio Código de Processo Penal comina a nulidade pela falta de "intervenção do Ministério Público em todos os termos da ação por ele intentada e nos da intentada pela parte ofendida, quando se tratar de crime de ação pública". Como a ação constitucional de *habeas corpus* funciona na prática como ação de impugnação de decisão judicial em ação penal, não pode ser simplesmente desconsiderada a manifestação do Ministério Público neste "termo" da ação penal que foi por ele intentada.

Note-se que quando o mandado de segurança é utilizado como ação de impugnação de decisão judicial a parte que tiver *interesse processual* no objeto do mandado de segurança deve ser citada para responder o pedido. Não basta que a autoridade impetrada apresente informações. Na área penal, em específico, o Ministério Público

---

[6] Na mitologia grega Proteu era um filho de titãs que mudava frequentemente de forma. Proteiforme, hoje dicionarizado, é adjetivo que indica o que "muda de forma com freqüência". Aurélio Eletrônico, versão 2.0.

[7] Pelas regras da ponderação nas colisões de direitos fundamentais, recorde-se notadamente do subprincípio da necessidade, que determina só poder ocorrer restrição a direitos fundamentais (como o direito ao contraditório), quando não haja forma menos restritiva de tutelar os direitos em jogo. BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Brasília : Brasília Jurídica, 1996.

[8] *"In a proceeding instituted by an application for a writ of habeas corpus by a person in custody pursuant to the judgment of a State court, a determination of a factual issue made by a State court shall be presumed to be correct. The applicant shall have the burden of rebutting the presumption of correctness by clear and convincing evidence"*. Tradução livre: "No procedimento de habeas corpus movido por pessoa presa mediante julgamento de uma corte estadual, os fundamentos de fatos invocados pela corte do Estado devem-se presumir corretas. O requerente tem o ônus de ilidir a presunção de correção mediante provas claras e convincentes". (28 U.S.C. § 2254, e, 1, : US Code - Section 2254: State custody; remedies in Federal courts. Disponível em http:/ /codes. lp.findlaw.com /uscode/28/VI/153/2254, em 30 de setembro de 2009).

[9] HABEAS CORPUS - PRISÃO PREVENTIVA - HOMICÍDIO QUALIFICADO (CP, ART. 121, §1º) - EXCESSO DE PRAZO PARA FORMAÇÃO DA CULPA - DOCUMENTOS NÃO ANEXADOS AO PRESENTE WRIT - PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NO JUIZ DA CAUSA - PACIENTE PRESO HÁ MAIS DE 90 DIAS - RAZOABILIDADE NA TRAMITAÇÃO DO FEITO - SEGREGAÇÃO MANTIDA. I - Na hipótese de inexistir nos autos a documentação necessária para avaliar a manutenção do decreto preventivo, deve-se sopesar o princípio da confiança do juiz da causa, haja vista que, em se encontrando mais próximo das provas e das pessoas envolvidas no delito, detém melhores condições de avaliar a respeito da existência, ou não, dos requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal. Habeas Corpus n. 2009.035923-0, de Itajaí. Relator: Salete Silva Sommariva, j. 15/09/2009

[10] SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria Geral do Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000. p. 55-56.

deve requerer a citação do réu para contestar, conforme Súmula 701 do Supremo Tribunal Federal, sob pena de nulidade: "No mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público contra decisão proferida em processo penal, é obrigatória a citação do réu como litisconsorte passivo".

Ora, se o direito ao contraditório em favor do réu em mandado de segurança, quando não se prevê este direito na legislação, é reconhecido inclusive por súmula do Supremo Tribunal Federal, por que o mesmo direito não é garantido ao Ministério Público em outra ação de cunho idêntico (impugnação a uma decisão judicial) como o *habeas corpus*? Evidentemente que deve assim ser, sob pena de nulidade, a mesma sanção cominada pelo descumprimento da Súmula 701 do Supremo Tribunal Federal.

7. Sugestões práticas e conclusão objetiva

A primeira providência a adotar se pretende o Ministério Público ver garantido o direito material (e não apenas formal) ao contraditório em *habeas corpus* é simplesmente requerer isso ao tribunal de justiça. Assim que o promotor tomar conhecimento da impetração, normalmente por vista dos autos depois da prestação de informações pelo magistrado, pode o membro do Ministério Público em primeiro grau peticionar diretamente ao tribunal postulando que lhe seja reconhecido o direito ao contraditório. Neste momento, aliás, já poderá apresentar suas razões, já que normalmente terá à sua vista, no processo principal, a petição inicial da ação de *habeas corpus* proposta.

A segunda providência é passarem a requerer as procuradorias de justiça a intimação do Ministério Público em primeiro grau para manifestação, sob pena de nulidade pela desobediência ao art. 5º, LV, da Constituição da República. Poderão, ainda assim, solicitar, inclusive por e-mail ou por telefone, informações diretas ao colega de primeiro grau sobre o caso. Nas sessões das câmaras que acompanharem, poderão os procuradores igualmente suscitar a nulidade.

A terceira providência é munir os órgãos dotados da legitimação para recursos aos tribunais superiores (no Ministério Público de Santa Catarina existe a Coordenadoria de Recursos), para que impugnem pela via do recurso extraordinário decisões em *habeas corpus* proferidas sem a audiência do Ministério Público em primeiro grau. É claro que só terá chances de sucesso o recurso, ainda que se trate de nulidade absoluta, se houver sido suscitada anteriormente a necessidade de contraditório.

A quarta providência é propor o Procurador-Geral de Justiça a reforma do regimento interno do tribunal para incluir disposição expressa determinando a intimação do Ministério Público de primeiro grau, por fax, correio eletrônico ou qualquer outro meio, para se manifestar, querendo.

A quinta providência, mas igualmente ou até mais relevante, exige a adoção de postura semelhante à adotada pelos melhores escritórios de advocacia do país. O convencimento pessoal, ou seja, a apresentação da tese não apenas em processos judiciais isolados, mas em simpósios destinados a magistrados, em intervalos de sessões em fóruns e tribunais e até mesmo em gabinete, por comissão especialmente designada para este fim.

Quanto a esta última providência, já se presume haver leitores contrariados. Infelizmente ainda é difícil ao Ministério Público adotar a mesma postura eficaz que há séculos vêm adotando os escritórios de advocacia. Não é por outra razão que as teses em prol da ampla defesa, dos delitos de bagatela, do direito penal mínimo vêm ganhando corpo nos tribunais. Pudera, para o Ministério Público basta-lhe o conforto de agir como agia há duzentos anos, somente na burocracia da folha de papel, nos processos, conformado com sua pouca efetividade.

Enfim, o que se pretende defender nesta tese é simplesmente a equiparação de armas, a equiparação de forças, a bilateralidade da audiência que deve nortear qualquer decisão judicial. Sem uma postura isonômica do Ministério Público perante o Judiciário, esforços isolados continuarão a encontrar resistência nos tribunais de todo o país, ao contrário da recepção que têm as causas, por mais mirabolantes que sejam, levadas à mesa dos magistrados pelos competentes escritórios de advocacia.

8. Referências bibliográficas

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília : Brasília Jurídica, 1996.

BRASIL. Senado Federal. *Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal*. Brasília : Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2009.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 12ª ed. São Paulo : Malheiros, 1996.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*. 5ª ed. São Paulo : Atlas, 2005.

SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria Geral do Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000.

118

EMBRIAGUEZ AO VOLANTE E MEIOS DE PROVA. APONTAMENTOS E BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A TIPICIDADE DO ARTIGO 306 DA LEI N. 9.503/97.

Ricardo Rangel de Andrade e Fernando Braga Viggiano

Promotores de Justiça – MP/GO

Ementa: Dirigir, na via pública, sob a influência de álcool. Exame de alcoolemia por meio de etilômetro ("bafômetro"). Inexistência de ofensa ao princípio *nemo tenetur detegere* (privilégio contra a autoincriminação). Condutor que se recusa a se submeter ao referido exame. Presunção de veracidade do fato imputado. Possibilidade de suprir a prova por outros meios. Princípio da persuasão racional (livre convencimento motivado) e tipicidade do artigo 306, *caput*, da lei n. 9.503/97.

Sumário: Introdução. 1. Exposição das proposições e fundamentação jurídica. 2. Conclusão (síntese dogmática).

Introdução

A lei n. 11.705/2008, que modificou a redação do artigo 306 da lei n. 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro - CTB), passou logo a ser vulgarmente conhecida por todos como "LEI SECA". Pretendia reduzir o elevado índice de acidentes de trânsito, sobretudo com mortes. Considerada mais rigorosa, criminaliza a conduta consistente em *"conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas..."*. Essa quantidade de teor alcoólico (seis decigramas por litro de sangue), equivale a 0,3 mg/l de ar expelido.

Entretanto, ocorre o efeito inverso do pretendido pela lei. Recentes dados publicados pelos órgãos de comunicação indicam que aproximadamente 80% dos condutores que se recusam a se submeter a exames de alcoolemia, realizados, em regra, por meio de etilômetro ("bafômetro"), são, devido à "inexistência de provas suficientes", absolvidos[1]. Dessa forma, aqueles que colaboram com a produção probatória, ou seja, com a Justiça, são responsabilizados e punidos, ao contrário daqueles que se recusam.

Trata-se de situação inaceitável que fomenta a impunidade e atenta contra o prestígio, credibilidade e segurança da atividade jurisdicional, razão pela qual o tema requer atenção e percuciente exame pelo Ministério Público. Teceremos, portanto, breves considerações e analisaremos, ainda que de maneira sucinta e sem a pretensão de exaurir o assunto, as questões fático-jurídicas pontuais mais recorrentes nas decisões judiciais que versam acerca do tema, principalmente:

a) a indevida interpretação e aplicação do princípio *nemo tenetur detegere* (privilégio contra a autoincriminação) no exame de alcoolemia por meio do etilômetro;

b) presunção de excesso de concentração de álcool por litro de sangue, acima do limite legal permitido, em caso de recusa do condutor a colaborar na produção probatória, submetendo-se ao exame de alcoolemia;

c) obtenção e integração da prova do fato e de suas circunstâncias por outros meios, quando não for possível realizar o exame de alcoolemia, e

d) a tipicidade penal do artigo 306, *caput*, da lei n. 9.503/97.

[1] hhtp://WWW1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0709200901.htm

1. Exposição das proposições e fundamentação jurídica

Em face da nova redação do artigo 306, *caput*, da lei n. 9.503/97, dada pela lei n. 11.705/2008[2], alega-se, frequentemente, que o exame clínico, bem como a existência de notórios sinais e sintomas de embriaguez, materializados na lavratura de "Termo de Constatação de Embriaguez" (TCE), não possuem a força probante necessária para comprovar, objetiva e concretamente, a concentração de álcool no organismo em quantidade superior ao permitido pela lei.

Nesse sentido, já se manifestaram o Tribunal de Justiça de São Paulo e do Distrito Federal e Territórios:

> *"A redação (da lei seca) é favorável aos acusados porque passou a exigir a constatação de uma concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a seis decigramas. Com isso, o teste de alcoolemia passou a ser imprescindível".* (TJSP)[3]
> *"Não basta que se constate clinicamente a embriaguez. É preciso, porque assim está na lei, que se comprove o grau de alcoolemia mínimo".* (TJDFT)[4]

Atenta-se que a tipicidade, segundo esse entendimento, é "refém" de meio probatório que permita medir, verificar de modo preciso, o teor alcoólico acima do limite legalmente permitido. Em suma, as absolvições, ocorrem, em regra, com fundamento na ausência de tipicidade formal ou legal, que resulta da perfeita adequação, da precisa subsunção, da conduta do agente a uma conduta abstrata descrita na figura típica.[5]

A insuficiência de provas se refere à existência do fato, tal qual como descrito ("conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas..."), que se constitui no tipo formal. Não se questiona o desvalor da conduta e tampouco o perigo, cuja presunção é *juris et de jure* e inadmite prova de sua inexistência real.

Dessa maneira, ainda de acordo com esse entendimento que tem prevalecido, para verificar o teor alcoólico, ou seja, aferir a presença de *concentração de álcool por litro de sangue*, imprescindível a utilização de meios que possibilitem a perfeita adequação da conduta ao tipo proibitivo, quais sejam: teste em aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro) ou exame de sangue.

Contudo, ao tempo em que se estabelece essa dependência a determinados meios de prova para comprovar a prática da conduta descrita no artigo 306 da lei n. 9.503/97 e, por conseguinte, possibilitar a incidência do tipo legal, inadmite-se, indevidamente, com fundamento no princípio *nemo tenetur detegere* (não autoincriminação; ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo), a realização compulsória de exame de alcoolemia, especialmente por meio de teste em aparelho de ar alveolar (etilômetro).

De plano, provas que, possibilitariam, em tese, materializar e comprovar a embriaguez do condutor (*v.g.* exame clínico, prova testemunhal, "Termo de Constatação de Embriaguez" etc.), são rejeitadas, enquanto que se coloca obstrução instransponível à produção de provas que são consideradas imprescindíveis para caracterizar a infração. Vale dizer, exigem-se provas que somente podem ser obtidas mediante o emprego de etilômetro ou exame de sangue para configurar o crime descrito no artigo 306 da lei n. 9.503/97, entrementes, não são autorizadas a produção de tais provas. Tal entendimento, torna inócua a previsão legal do artigo 306, *caput*, da lei n. 9.503/97 e impede a aplicação das sanções cominadas.

Na realidade, inexiste qualquer violação ao decantado princípio *"nemo tenetur se detegere"* (privilégio contra a autoincriminação) no exame de alcoolemia mediante o emprego/utilização do etilômetro, até porque há previsão legal (artigo 277 da lei n. 9.503/97) para a realização do referido exame:

> *"Art. 277. Todo condutor de veículo automotor, envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito, sob suspeita de dirigir sob a influência de álcool será submetido a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, permitam certificar seu estado.*
> *§ 1º .....*
> *§ 2º A infração prevista no art. 165 deste Código poderá ser caracterizada pelo agente de trânsito mediante a obtenção de outras provas em direito admitidas, acerca dos notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor apresentados pelo condutor.*
> *§ 3º Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165 deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no caput deste artigo."*

---

[2] Art. 306, *caput*, da n. lei 9.503/97: *"Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência."*

[3] http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0709200901.htm

[4] http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0709200901.htm

[5] BIERRENBACH, Sheila. Teoria do Crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 42

Há, ressalta-se, lei expressa que autoriza a realização do exame de alcoolemia para fins de verificação do teor alcoólico. Trata-se de meio legal de prova, suficiente para excepcionar a aplicação do princípio *nemo tenetur detegere,* o qual, como todo princípio, é relativo.

Explica-se. A interpretação e aplicação do princípio *nemo tenetur detegere* (privilégio contra a autoincriminação) tem sido sistemática e reiteradamente deturpada e impropriamente ampliada. É preciso revisitar e conferir o seu devido sentido e alcance, bem como a razão de ser e primeira desse princípio, qual seja, assegurar a dignidade, integridade física, psíquica ou moral de eventual ou possível acusado.

Existente e disponível meio probatório legal, apto e eficiente para aferir com grau de verossimilhança aceitável o teor alcoólico, cujo emprego pode ocorrer sem violação a direitos fundamentais daquele que se submete ao exame de alcoolemia, não se vislumbra qualquer ofensa ao princípio *nemo tenetur detegere*, da mesma forma que ocorre com o reconhecimento de pessoas (CPP, artigo 226 e seguintes) e o fornecimento de padrões gráficos (CPP, artigo 174).

O condutor apenas "assopra", ou seja, expele, expulsa ar por meio de sopro. Ausente "*risco à integridade física ou psíquica da pessoa, à sua dignidade humana ou à sua capacidade de autodeterminação*", admite-se a intervenção corporal não consentida[6]. Isso fica mais evidente em face da manifesta possibilidade de submeter qualquer pessoa à identificação criminal, nos termos da Lei n. 10.054/2000 e de suprir, nas ações de investigação de paternidade, a prova que se pretendia obter com o exame, em caso de recusa à perícia médica ordenada pelo juiz (CC, art. 232 e artigo 2º-A, § único, da lei n. 8.560/92).

Para Eugênio Pacelli de Oliveira, cujas lições se constituem no referencial teórico de importantes considerações expostas nesta "tese":

> *"Determinadas intervenções corporais, quando não puserem em risco à integridade física e psíquica do acusado em processo penal, e desde que previstas em lei, não encontram obstáculo em quaisquer princípios constitucionais, sobretudo quando se destinarem a colher prova em crimes que atingiram direitos fundamentais das vítimas. Afinal, o Direito Penal, intervenção estatal mais radical, não é também destinado à proteção de direitos fundamentais?*[7]

Infere-se, portanto, que o condutor do veículo deve se submeter (suportar) determinadas ingerências corporais, com finalidade probatória. Não há fundamento jurídico plausível que sustente a rejeição do exame de alcoolemia por meio do etilômetro, mormente para aqueles que, diante da redação do artigo 306, *caput*, da lei n. 9.503/97, não admitem outras provas para configurar a tipicidade da conduta de eventuais condutores ébrios.

O condutor, consequentemente, não tem direito subjetivo à recusa de suportar determinada ingerência, devidamente – frise-se – prevista em lei, como meio probatório, principalmente quando se revela imprescindível. Diante disso, não há como ignorar ou deixar de atribuir qualquer efeito à frustrada produção da prova (exame de alcoolemia) em decorrência de exclusivo comportamento do condutor consistente na recusa injustificada ao referido exame.

Sanções específicas, na hipótese de recusa ao exame de alcoolemia, restringem-se ao âmbito administrativo (artigo 165 da lei n. 9.503/97), consoante posicionamento majoritário maioria da doutrina e jurisprudência, que considera a conduta atípica, com fulcro ao princípio da intervenção mínima do direito penal. Por isso, a solução recomendada pela Advocacia-Geral da União – AGU a Polícia Rodoviária Federal consistente em autuar e prender o condutor como incurso no artigo 330 do CP (crime de desobediência), não se revela a mais apropriada e adequada.

Dito de outro modo, prepondera o entendimento de que havendo cominações específicas (art. 165 da lei n. 9.503/97) para eventual descumprimento das determinações contidas no art. 277 do mesmo diploma legal, não é possível a cumulação com o artigo 330 do CP. Não há ressalva expressa à aplicação da sanção penal. A propósito, decisão do Supremo Tribunal Federal acerca do tema:

> *"Não se configura, sequer em tese, o delito de desobediência quando a lei comina para o ato penalidade civil ou administrativa"* (STF, RHC, rel. Célio Borja, RT, 613:4130).

Em caso de recusa do condutor do veículo ao exame de alcoolemia por meio do etilômetro, melhor se ajusta e se revela mais razoável e pertinente, presumir a ocorrência/verossimilhança do fato imputado (que se pretendia provar com o exame de alcoolemia), assim como ocorre, em situações fáticas similares, no âmbito do direito privado e das ações de investigação de paternidade, nos termos do artigo 232 do Código Civil e do artigo 2º-A, § único, da lei n. 8.560/92, com redação dada pela lei n. 12.004/2009. Não se trata de presumir a culpa do condutor. A presunção é em relação à ocorrência do fato: presença de teor alcoólico acima do limite legal permitido.

---

[6] cf. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 11ª ed. 2009, p. 346.

[7] in Curso de Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 11ª ed. 2009, p. 348

Vale ressaltar que alegação de que tal raciocínio (presunção legal) não se aplica em sede processual penal, por se cuidar nessa seara de bem de relevantíssimo valor jurídico, qual seja, *"status libertatis"* das pessoas, é, fática e juridicamente, insustentável: atribui-se ao Direito Penal e Processual Penal uma supremacia que não possui e apequena-se, desarrazoadamente, os direitos tutelados pelos demais ramos do direito, como se fossem de menor importância e de reduzida repercussão jurídica e social.

Com efeito, o artigo 306, *caput*, da lei n. 9.503/97 comina pena de 6 (seis) meses a 3 (três) anos de detenção, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. A multa e a suspensão do direito de dirigir também são penalidades administrativas, nos termos do artigo 165 da lei n. 9.503/97, razão pela qual a aplicação dessas penas, por vezes, no âmbito penal, tornar-se-á desnecessária ou inócua.

Quanto à pena privativa de liberdade, existe possibilidade de suspensão do processo, conforme dispõe o artigo 291, *caput*, da lei n. 9.503/97 c/c artigo 89 da lei n. 9.099/95, bem como substituição, em regra, da pena privativa de liberdade por multa ou por uma pena restritiva de direitos (CP, artigos 44 e seguintes). Logo, diminuta a possibilidade de efetivo encarceramento do condutor preso e autuado como incurso no artigo 306, *caput*, da lei n. 9.503/97, salvo em flagrante delito por escasso período.

Diferentemente, o reconhecimento da paternidade, a par de repercutir no direito sucessório, impõe ao investigado/requerido o cumprimento de extraordinário número de deveres: dirigir a criação e educação do filho, tê-lo em sua companhia e guarda, prestação de assistência material, moral etc. (CC, artigo 1.634; artigo 33 da Lei n. 8.069/90).

Além disso, o reconhecimento da paternidade submete o investigado/genitor ao regular pagamento de pensão alimentícia, sob pena de prisão, por 3 (três) meses (CPC, artigo 733, § 1º), e torna possível considerá-lo sujeito ativo de crimes contra a assistência familiar, tais como: abandono material e abandono intelectual.

Da análise desses preceitos, é correto afirmar que as consequências, inclusive em relação ao *"status libertatis"* da pessoa, decorrentes de uma ação de investigação de paternidade julgada procedente com fundamento na presunção legal, nos termos do artigo 232 do CC (recusa à perícia médica ordenada pelo juiz) e artigo 2º-A, § único da lei n. 8.560/92, são muito maiores, expressivas e providas de significação do que aquelas que derivam de eventual condenação pela prática do artigo 306, *caput*, da lei n. 9.503/97.

Apesar disso, ninguém contesta, pelo menos com tamanha veemência e virulência, a constitucionalidade ou legalidade dos artigos 232 do CC e 2º-A, § único da lei n. 8.560/92. Tampouco há divergência na interpretação e relutância na aplicação de tais regras. Eugênio Pacelli de Oliveira, com precisão e clareza, esclarece que não se trata de aplicar por analogia o artigo 232 do CC, mas se afigurar *"perfeitamente possível é que o juiz Criminal, quando diante de um quadro probatório existente, mas ainda insuficiente, possa valer-se da presunção (legal) para, diante da ausência de explicações minimamente razoáveis para a citada recusa (ao meio de prova válido), convencer-se em um ou outro sentido"*.[8]

Em arremate, evidencia-se, dessa forma, a desnecessidade de lei específica que autorize a presunção de concentração de álcool superior ao limite legal, caso ocorra a recusa do condutor de veículo automotor ao exame de alcoolemia, por meio do etilômetro ("bafômetro"). No entanto, devido ao extraordinário número de objeções e controvérsias que a questão tem suscitado, caso seja convertido em lei o projeto, nesse sentido, em trâmite no Congresso Nacional, tornará explícita essa presunção – desde já, passível de aplicação -, e muito auxiliará e contribuirá para eliminar contestações.

Por outro lado, ainda que não se faça uso da presunção legal na hipótese de recusa do condutor ao exame de alcoolemia, possível, com base em outros elementos de convicção, imputar ao condutor embriagado a conduta descrita no artigo 306, *caput*, da lei n. 9.503/97. A prova obtida por meio do etilômetro não é considerada uma prova "técnica". Ausente a necessidade de conhecimentos específicos para demonstrar a existência de fatos, sua produção prescinde de profissionais qualificados e habilitados.

Todos os meios, ainda que não previstos em lei, desde que moralmente legítimos, devem ser considerados hábeis a provar a verdade dos fatos. O exame clínico, a prova testemunhal e o "Termo de Constatação de Embriaguez", lavrado a partir da verificação de sintomas e sinais notórios de embriaguez, provam e materializam e existência do fato: embriaguez ao volante, ou melhor, dirigir sob a influência de álcool.

É importante salientar que o exame clínico é realizado por profissional qualificado e habilitado (médico), enquanto sintomas e sinais notórios de embriaguez (*v.g.* olhos avermelhados, dificuldade de equilíbrio, fala/conversa "enrolada" etc.) não se consubstanciam em parâmetros e/ou critérios subjetivos. O Conselho Nacional de Trânsito – Contran possui competência normativa e deliberativa para regulamentar a matéria.

À evidência, factível inferir dos sinais e sintomas e embriaguez, assim como do exame clínico, a ebriedade do condutor, ao menos que dirige *estando com concentração de álcool por litro de sangue* acima do limite legal permitido. E existindo provas da embriaguez do condutor, ou seja, que dirige sob a influência de álcool, a tipicidade penal se configura. O importante é dar certeza quanto ao conteúdo do tipo, e da valoração das provas pode-se concluir, além da dúvida razoável, a existência de concentração de álcool por litro de sangue em teor igual ou superior a 6 (seis) decigramas.

---

[8] in Curso de Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 11ª ed. 2009, p. 351.

A propósito, consta da redação atual do artigo 306, *caput*, da lei n. 9.503/97 *"...estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas..."*. Essa *concentração de álcool* é aferida por meio de exame de sangue, e não, por meio do etilômetro. Da prova obtida com o emprego do etilômetro (concentração de álcool por ar expelido), deduz-se a existência de teor alcoólico "por litro de sangue" acima do limite legal.

Por coerência, desprezar outros meios para provar a prática da conduta descrita no artigo 306, *caput*, da lei n. 9.503/97, acarretaria a inviabilidade de aceitar a prova obtida mediante etilômetro, pois a redação atual do artigo 306, *caput*, da lei n. 9503/97 se refere à *concentração de álcool por litro de sangue*, e não, por ar expelido.

O raciocínio é débil e revela manifesta insensatez. Não se questiona – o que não seria totalmente desarrazoado - a idoneidade, segurança e eficácia probatória da prova obtida, por meio do emprego de etilômetro. Em verdade, não raro, sinais e sintomas de embriaguez, a prova testemunhal e o exame clínico conferem muito mais segurança, firmeza e confiança acerca da existência/ocorrência do fato, o qual se pretende provar.

Repita-se, à exaustão, a prova da existência do fato pode ser obtida por qualquer meio moralmente legítimo. É a convicção, ou seja, convencimento adquirido pela avaliação e valoração do conjunto da prova e dos indícios, os quais sempre foram reconhecidos como elementos de convicção, que deve embasar o julgamento sobre a verossimilhança da imputação.

A lei não especifica determinado meio de prova para configurar a infração penal prevista no artigo 306 da lei n. 9.503/97, que é de perigo comum, presumido em caráter absoluto. Não há a denominada prova legal ("tarifada") a impor limites ao princípio do livre convencimento motivado. Outras provas podem suprir a falta daquela, em princípio, mais eficaz. Tem lugar o princípio da persuasão racional (livre convencimento motivado) na valoração da prova acerca da existência do fato.

Para finalizar, registra-se que as proposições expostas e defendidas na presente tese visam, salvo melhor juízo, preservar a razão finalística da lei ("LEI SECA") e a efetiva proteção do bem jurídico tutelado, que tem sido iterativamente envilecida.

2. Conclusão (síntese dogmática)

a) a verificação do teor alcoólico (exame de alcoolemia), por meio de etilômetro ("bafômetro"), se constitui em meio legal de prova e sua produção não ofende o princípio *nemo tenetur detegere* (privilégio contra a autoincriminação).

b) a recusa, injustificada, do condutor em submeter-se ao exame de alcoolemia, autoriza suprir a prova que se pretendia obter, presumindo-se a veracidade do fato imputado: condução de veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue acima do limite legal permitido, e

c) quando não for possível obter-se ou integrar-se a prova dos fatos e de suas circunstâncias, por meio do exame de alcoolemia, outras provas e indícios (*v.g.* exame clínico, prova testemunhal, "Termo de Constatação de Embriaguez" (TCE), lavrado a partir de sinais e sintomas de embriaguez etc.), podem e devem ser apreciados e valorados para fins de caracterizar a infração penal (tipicidade) do artigo 306, *caput*, da lei n. 9.503/97.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BIERRENBACH, Sheila. *Teoria do Crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009

MACHADO, Luiz Alberto. *Uma Visão Material do Tipo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 11ª ed. 2009.

XVIII CONGRESSO NACIONAL DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

"O Ministério Público como Fator de Redução de Conflitos e Construção da Paz Social"

Política Institucional e Administrativa

001

O DIREITO ADQUIRIDO AO APOSTILAMENTO DO ACRÉSCIMO DE 17% AO TEMPO DE SERVIÇO PARA FINS DE FUTURA APOSENTADORIA DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Nadir de Campos Júnior*

Promotor de Justiça/SP

INTRÓITO

1. Quando prestamos concurso para a carreira do Ministério Público, a mais de 20 anos, observávamos a atuação de um Poder Constituinte Originário, previamente eleito para o fim de escrever o texto daquela que seria denominada pelo saudoso Deputado Federal ULISSES GUIMARÃES, como a "Constituição Cidadã", talvez em muito por abarcar e proteger, ainda que de forma prolixa, os direitos individuais e sociais indisponíveis para uma sociedade mais fraterna, mais garantista no aspecto criminal, e mais protetora dos direitos trabalhistas e funcionais em relação aos agentes políticos do Estado, entre outros direitos e garantias a serem indicadas no próprio **ATO CONVOCATÓRIO DA ASSEMBLÉIA CONSTITUINTE** (in, Fundamentos de Direito Constitucional, SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA, 2º. Vol., 2008, Ed. Saraiva, pg. 86).

2. Ao assumirmos, muitos anos depois, funções sindicais perante nossa entidade de classe, nos deparamos com vários pedidos de colegas do "Parquet" para o reconhecimento de um desses direitos, qual seja o cômputo de 17% no tempo de serviço de Promotores e Procuradores de Justiça, do sexo masculino, que ingressaram na carreira até a data da publicação da Emenda Constitucional n. 20/98 com base no art. 8°, § 3°, da Emenda Constitucional n. 20/98 e no art. 2°, § 3°, da Emenda Constitucional n. 41/03, e consequente anotação e incorporação ao patrimônio funcional. assinalando que deduziram, em seu proveito, pedido neste sentido endereçado à douta Procuradoria-Geral de Justiça que os indeferiu, *sub censura* do colendo Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça mediante recurso não apreciado (Pt. 9.499/04).

2. Observamos que alguns associados chegaram a formular pedidos na órbita administrativa junto à Douta Procuradoria Geral de Justiça, desde 2.004, sendo os mesmos constantemente indeferidos, sub censura do colendo Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça, com a motivação do indeferimento consistente em afirmar que:

> "O pedido não pode ser atendido, pois, como bem observou a zelosa Assistente Técnica, o acréscimo de 17% ao tempo de serviço **'só se aplica aos que preencherem as exigências para aposentadoria estabelecidas no 'caput' [do art. 2°, § 3°, da EC 41] e que optarem pela aposentadoria nos termos deste artigo'.".**

3. Como representante dos interesses de nossa gloriosa entidade de classe, no entanto, sem embargo do relacionamento respeitoso que nos cumpre manter com a Egrégia Procuradoria Geral de Justiça (e este vem sendo o espectro de nossa atuação desde a posse de sua excelência o Procurador Geral de Justiça, ex Vice-Presidente da APMP), não podemos fazer ouvidos moucos à tese constante de parecer da Divisão de Legislação de Pessoal do Ministério Público do Trabalho cuja ementa assim enfrenta a questão:

---

* 13º Promotor de Justiça do 1º Tribunal do Júri e 1º Tesoureiro da Associação Paulista do Ministério Público.

"1. Nos termos do art. 2°, § 3°, da Emenda Constitucional n° 41/2003, o membro do Ministério Público, se homem, que tenha ingressado no serviço público até 15/12/1998, faz jus ao acréscimo de 17% (dezessete por cento) sobre o tempo de serviço anterior a 16/12/1998. Inexistência de dúvida na aplicação desse acréscimo.
2. Discussão sobre a possibilidade de aplicar esse percentual de 17% (art. 2°, § 3°, da EC n° 41/03) às aposentadorias regidas pelo art. 6° da EC n° 41/2003 ou pelo art. 3° da EC n° 47/2005. Considerando que o art. 6°, I, da EC n° 41/2003 e o art. 3°, I, da EC n° 47/2005 exigem que o membro do Ministério Público, se homem, cumpra 35 anos de contribuição, o acréscimo de 17% previsto no art. 2°, § 3°, da EC n° 41/03, também é aplicável às aposentadorias regidas por esses dispositivos constitucionais, apesar da ausência de expressa referência a esse acréscimo, pois estão presentes as mesmas razões jurídicas que levaram à sua instituição, que foi, justamente, minorar os efeitos decorrentes da elevação do tempo mínimo necessário para a aposentadoria dos membros do Ministério Público, se homem, de 30 para 35 anos de contribuição. Interpretação teleológica e sistemática do dispositivo e reconhecimento do direito adquirido, haja vista que na publicação da EC n° 41/2003 e 47/2005, o tempo de serviço desses membros já estava agregado com o acréscimo de 17% (art. 8°, § 3°, da EC n° 20/1998 e art. 2°, § 3°, da EC n° 41/2003). Pelo deferimento".

4. Assim, sob nossa humilde ótica institucional, a Emenda Constitucional n. 20/98 efetivamente alterou a regra da aposentadoria para os servidores públicos do sexo masculino, que até então, podiam aposentar-se aos 30 anos de tempo de serviço (tempo de contribuição, cf. art. 4º. da norma) elevando esse tempo em 05 (cinco) anos, quer se tratando de aposentadoria integral, quer se tratando de aposentadoria proporcional (cf. art. 8º. da norma). Mas o mesmo art. 8º., ao reportar-se aos membros do Ministério Público, da Magistratura, e do Tribunal de Contas, buscando uma forma de reparação pelo tratamento diferenciado no que diz respeito ao tempo de serviço público, dispôs em seus §§ seguintes:

Parágrafo 2º. – Aplica-se ao magistrado e ao membro do Ministério Público e de Tribunal de Contas o disposto neste artigo.
Parágrafo 3º. – Na aplicação do disposto no parágrafo anterior, o magistrado ou o membro do Ministério Público ou de Tribunal de Contas, se homem, terá o tempo de serviço exercido até a publicação desta Emenda contado com acréscimo de dezessete por cento" (grifos nossos).

5. Nem se vislumbre violação ao princípio da igualdade entre estes membros de órgãos e poderes de Estado, tratando-se de homens e mulheres. É que esse acréscimo de 17% (dezessete por cento) de tempo de serviço **ao servidor homem** encontrou justificativa plausível no fato de que até a edição da EC n. 20/98, o tempo de serviço exigido para aposentadoria para os membros do Ministério Público, Magistratura e Tribunal de Contas (independentemente do sexo), era de 30 anos, o qual foi mantido para as mulheres, mas elevado em 05 anos para os homens, conforme preconiza a renomada autora **MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO** (in, Direito Administrativo, 18ª. Ed., ed. Atlas, 2.005, pgs. 493/494).

6. Colocadas estas premissas, sobreveio a EC. n. 41/03, revogando através de seu artigo 10 o artigo 8º., da norma constitucional então vigente, mas os parágrafos 2º. E 3º., do artigo 2º, dessa mesma emenda, repetiram as regras anteriores, ou seja, mantiveram os acréscimo de 17% (dezessete por cento) àqueles servidores do sexo masculino, não se podendo cogitar da mera expectativa de direito mas de verdadeiro **DIREITO ADQUIRIDO AO APOSTILAMENTO PRETENDIDO**, posto que, tanto o dispositivo revogado, quanto o dispositivo em vigor respeitam o direito ao acréscimo de 17% (dezessete por cento) ao tempo efetivamente trabalhado da data de ingresso nas respectivas carreiras até a publicação da primeira EC, em 16 de dezembro de 1.998, sendo irrelevante a forma pela qual se dará a aposentadoria de cada interessado que se encontre nesta condição.

7. É bem certo que a nova emenda constitucional mostrou-se ainda mais rígida em relação aos servidores públicos, posto que alterou os requisitos da aposentadoria voluntária para evitar jubilações precoces, exigindo, em linhas gerais, tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se der a aposentadoria (art. 40, III), e, particularmente, requisitos especiais de idade e de tempo de contribuição variáveis conforme o sexo (art. 40, III, *a*) e de idade variável conforme o sexo (dispensando o de contribuição) com proventos proporcionais ao tempo de contribuição (art. 40, III, *b*). Também derrogou as normas que conferiam remuneração maior ou acréscimo pecuniário em virtude da aposentadoria (art. 40, § 2°).

8. Foi prevista também a contagem de tempo de contribuição de qualquer esfera para aposentadoria e o de serviço para disponibilidade (art. 40, § 9°), vedando-se qualquer forma de cômputo de tempo de contribuição fictício (art. 40, § 10). A par disso, a emenda introduziu algumas regras transitórias, de igual jaez em relação à EC n. 20/98, mas também de aplicação imediata e de projeção para o futuro, especialmente a que se refere ao direito invocado, que sob nossa singela opinião, integra o chamado patrimônio jurídico dos membros do Ministério Público, cujo pressuposto legal único é o de ter ingressado na carreira antes da publicação da EC n. 20/98, de 16 de

dezembro de 1.998, sendo irrelevante o tempo faltante para a aposentadoria ou o modo em que esta se dará (integral ou proporcional).

9. Para a renomada autora **MARIA SYLVIA ZANELLLA DI PIETRO**, distingue-se o regramento constitucional da aposentadoria dos servidores públicos conforme a data do seu ingresso no serviço público, havendo o regime dos servidores investidos antes e após a Emenda n. 41/03 e antes da Emenda n. 20/98, observando com relação a este último regime que "para os membros da Magistratura e do Ministério Público, bem como para os Professores (estes últimos desde que aposentados exclusivamente com tempo de efetivo exercício nas funções de magistério), o tempo de serviço exercido até a data da publicação da Emenda n. 20/98 será contado com acréscimo de 17%" (in, Direito Administrativo, Ed. Atlas, 20ª. Ed., pg. 524).

10. No parecer do Ministério Público do Trabalho, acima mencionado, foi explicado que o acréscimo de 17% teve como objetivo:

> "atribuir ao tempo de serviço anterior a 16.12.1998 um peso maior que aquele prestado após essa data. Isso porque os membros do Ministério Público que ingressaram na carreira antes da EC 20/98 pressupunham que sua aposentadoria se daria aos 30 de serviço, expectativa que foi frustrada com a primeira reforma da previdência. Contudo, reconheceu-se – com justiça – que o tempo anterior a essa Emenda possuía um peso maior que o tempo posterior à sua publicação. Numa proporção, equivale dizer que o tempo de serviço cumprido após a Emenda tem o peso 1 e o tempo de serviço anterior a ela tem o peso 1,17. Exemplificando, o Procurador que possuía, na data da Emenda, metade do tempo de serviço necessário para aposentadoria (15 anos em relação a 30 anos de serviço) continuou com a mesma metade após a Emenda (15 anos + 17% = 17,5 anos, o qual equivale à metade de 35 anos). Assim, esse acréscimo minorou os prejuízos que esses Procuradores tiveram com a mudança da exigência do tempo mínimo estabelecido para concessão da aposentadoria, de 30 para 35 anos de serviço. No exemplo dado, como o Procurador possuía 15 anos de serviço, necessitaria, pela regra antiga, de mais 15 anos para aposentar-se. Não fosse esse acréscimo de 17%, ele teria que trabalhar mais 20 anos para completar a nova exigência (35 anos). Com o acréscimo, ele terá que cumprir mais 17,5 anos, uma vez que os primeiros 15 anos passaram a valer 17,5 anos, após a aplicação do percentual de 17% em discussão".

11. Assim, se é de direito adquirido que estamos tratando, está ele imune de alterações ou supressões pelo Poder Constituinte Derivado, nos termos do art. 60, parágrafo 4º., inciso IV da Constituição Federal. Tanto assim, que a Emenda 41/03 conservou todos os direitos adquiridos até a data de sua publicação, pouco importando se o agente público se aposentou ou vai se aposentar. Esse mesmo parecer ilustra que idêntica construção se aplica a membro do Ministério que pretenda aposentação pelas regras do art. 6° da Emenda n. 41/03 ou do art. 3° da Emenda n. 47/05, apesar de não haver referência ao acréscimo desse percentual, assinalando que:

> "Caso o art. 6° da EC 41/03 e o art. 3° da EC n° 47/05 tivessem restabelecido para os magistrados e membros do Ministério Público (se homens) a aposentadoria aos trinta anos de contribuição, aí sim, não se justificaria a manutenção do referido bônus de 17% (dezessete por cento). Mas, uma vez que foi mantida a exigência de 35 anos de contribuição, o tempo anterior a 16.12.1998 deve ser contado com um peso maior do que o prestado posteriormente, prevalecendo no caso, o princípio hermenêutico que orienta no sentido de que 'onde existe a mesma razao fundamental, prevalece a mesma regra de Direito: *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio.*'".

12. E ao tratar de forma esclarecedora sobre o conceito de direito adquirido em relação ao Tempo de Serviço Público, tendo em vista lei nova que venha a estabelecer restrição ao seu cômputo, inclusive valendo-se de orientação dos Tribunais Superiores, orienta o mestre **LUÍS ROBERTO BARROSO (in, CF Anotada, ed. Saraiva, pg. 109):**

> "**TEMPO DE SERVIÇO** – O tempo de serviço é disciplinado pela lei vigente à época em que efetivamente prestado, passando a integrar, como direito autônomo, o patrimônio jurídico do trabalhador. A lei nova que venha a estabelecer restrição ao cômputo do tempo de serviço não pode ser aplicada retroativamente em razão da intangibilidade do direito adquirido. Se a legislação anterior exigia a comprovação da exposição aos agentes nocivos, mas não limitava os meios de prova, a lei posterior que passou a exigir laudo técnico, tem inegável caráter restritivo ao exercício do direito, não podendo ser aplicada às situações pretéritas. De qualquer sorte, a Lei n. 9.711/1998 resguarda o direito dos segurados à conversão do tempo de serviço especial prestado sob a vigência da legislação anterior, em comum" (**STJ**, Inf. STJ 137, www.stj.gov.br. Resp 357.268-RS, Rel. Min. Gilson Dipp).

SÍNTESE E CONCLUSÕES:

a) Os membros do Ministério Público, bem como da Magistratura e dos Tribunais de Contas tem direito ao apostilamento de 17% de acréscimo na contagem de tempo de serviço para fins de aposentadoria, independentemente da forma ou do momento em que essa venha a se dar;

b) A discussão sobre o tema na maior parte dos Estados já se esgotou na via administrativa, mesmo porque, caso concedido o benefício nesta órbita, ficariam as instituições e o próprio Poder Judiciário sujeitos a um controle mediante PCA (Processos de Controle Administrativo) perante o CNMP (Conselho Nacional do Ministério Público) e o CNJ (Conselho Nacional de Justiça), nem sempre sensíveis às causas ligadas às prerrogativas institucionais;

c) É caso de movimentação das entidades de classe para propositura de eventuais mandados de segurança coletivos para a proteção intransigente dos direitos de seus associados.

012

O PERÍODO DO ESTÁGIO PROBATÓRIO COMO CONDIÇÃO PARA VITALICIAMENTO DE MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO[1]

Celso Jerônimo de Souza[2]

Promotor de Justiça/AC

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A exigência constitucional para aquisição da vitaliciedade pelo membro do Ministério Público; 3. O tema sob a ótica do legislador infraconstitucional; 4. A diversidade de regime do estágio probatório e o caráter nacional do Ministério Público; 5. Conclusões.

1. Introdução

A Constituição Federal em vigor, no seu artigo 128, consagra aos membros do Ministério Público as mesmas prerrogativas asseguradas, até o seu advento, aos membros da magistratura.

As garantias positivadas são fruto de um intenso processo de luta e reivindicação da classe, que transcende no tempo, adiantando, porém, que o debate acerca da sua evolução histórica não será objeto destas breves lições.

Referidas garantias ou prerrogativas, *necessárias ao pleno exercício de suas elevadas funções, que incluem até mesmo o poder-dever da ação penal contra membros dos órgãos governamentais*, no dizer de José Afonso da Silva[3], são: a *vitaliciedade*, *inamovibilidade* e *irredutibilidade* de *subsidio*.

Esta ordem, ao que parece, não foi aleatória. O constituinte entendeu por bem inseri-las no texto da Carta Política, segundo o grau de importância para a Sociedade.

Sem embargo da relevância de cada uma delas, esse trabalho vai cuidar apenas da primeira, a vitaliciedade, mais precisamente, o período do estágio probatório.

2. A exigência constitucional para aquisição da vitaliciedade pelo membro do Ministério Público

Por imperativo do artigo 128, § 5º, I, alínea "a", da Constituição Federal, aos membros do Ministério Público é assegurada a garantia da vitaliciedade *após dois anos de efetivo exercício* e só perderá o cargo por decisão judicial definitiva.

O que deve ou pode ser entendido como *após dois anos de exercício?* Como deve ser contado este lapso temporal? O que vem a ser *exercício*? Com a posse no cargo pelo membro e a entrada em exercício, conta-se dois anos? A confirmação na carreira opera-se com o mero transcurso do prazo, ou depende de algum ato da administração superior do Ministério Público? Pode a lei complementar cogitar exigência não prevista pelo constituinte ou então agravar a que este consagrou?

Pois bem. Cumpre examinar se o comando constitucional acima, malgrado inegável servir de norte ao legislador ordinário, caracteriza-se a partir dessa assertiva, quanto à eficácia jurídica, como norma ou princípio de cariz programático?

---

[1] Publicada pela Revista Jurídica Consulex nº 291 - Fev/2009

[2] *Promotor de Justiça da Terceira Promotoria Cível de Rio Branco-AC. Especialista em Direito Processual Civil e Direito Público.*

[3] Curso de Direito Constitucional Positivo, 9ª edição, Malheiros. São Paulo. 1993, p. 513.

Define-se como programática aquela norma que apresenta as diretrizes a serem concretizadas ou efetivadas pelos órgãos governamentais, com o fito de alcançar os fins sociais do Estado.

Por falar em eficácia do ordenamento constitucional, as lições do Professor José Afonso da Silva não podem ser esquecidas, quando ensina que *as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*, conquanto reconheça que tal asserção *não resolve todas as questões, porque a Constituição mesma faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrados dentre os fundamentais*. Em sua opinião, *as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais*, de regra, *são de eficácia contida e aplicabilidade imediata*[4].

No tocante as normas constitucionais, classificadas pelo sobredito constitucionalista como orgânicas contidas nos artigos 18 a 135 da Magna Carta, *são geralmente, de eficácia plena e de aplicabilidade imediata*[5].

Esclarece, contudo, que o artigo 128, § 5º, possui *eficácia limitada* e carece de legislação integradora, mas reconhece sua natureza imperativa[6], ou seja, não oferece margem à discricionariedade do legislador, tampouco a aquisição das garantias fica na dependência da atuação deste. Do contrário, bastava o constituinte exigir ao final do texto, a edição de lei regulamentadora, o que não ocorre na hipótese analisada.

Neste contexto, é possível inferir, sobretudo, no que respeita às prerrogativas arroladas nas alíneas *a, b* e *c*, do inciso I, que ao legislador não é autorizado restringir ou dificultar sua aquisição, porquanto a imposição resulta da Lei Fundamental.

Além do mais, em reforço, cumpre assinalar que o constituinte quando obrigou o legislador observar as garantias da *vitaliciedade, inamovibilidade* e *irredutibilidade de subsídio*, neste particular, não deixou espaço de atuação.

Uma coisa é certa, para aquisição da vitaliciedade a Carta de Princípios se contenta com **2 (dois) anos de exercício** no cargo. Neste período, se as avaliações do membro indicar que ele atendeu as exigências inerentes ao cargo, como conseqüência lógica, será nele confirmado, mantendo-se na carreira.

3. O tema sob a ótica do legislador infraconstitucional

Na edição da Lei nº 8.625, de **12 de fevereiro de 1993** que dispõe sobre normais gerais organizadoras do Ministério Público dos Estados, sob a influência da Constituição Federal, assegurou aos seus membros a vitaliciedade, após dois anos de efetivo exercício; inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos.

Não considera para fins de vitaliciamento, as licenças concedidas para cuidar da saúde, doença na família, gestante, paternidade, casamento, morte do cônjuge, ascendente ou descendente, irmãos, sogros, noras e genros; as férias; afastamentos para cursos, estudos ou seminários dentro ou fora do País com duração não superior a dois anos; período de trânsito; disponibilidade remunerada, salvo para promoção, quando resultar de punição; realizar atividade relevante; dirigir o CEAF ou entidade classista; licença especial e de outras hipóteses previstas em lei.

A redação do artigo 38, I é uma réplica do texto constitucional e admite a vitaliciedade *após dois anos de exercício*. O diploma legal, como se nota, impõe ressalvas mediante as quais é de se inferir que a confirmação na carreira pode ser prorrogada para dois anos e dois meses, dois anos e quatro meses, ou mais.

Se por um lado, não há que se falar em vitaliciedade antes de transcorrer dois anos, por outro é possível afirmar que sua aquisição pode ocorrer no primeiro minuto, do dia seguinte ao segundo aniversário do período de prova.

Neste contexto, poder-se-ia asseverar que o legislador está dizendo mais que pretendeu dizer o constituinte, havendo descompasso entre este e aquele? Em contrapartida, há quem sustente que o constituinte não definiu a expressão exercício e, por essa razão, a tarefa foi confiada ao legislador.

Em verdade, ainda que se admita como exceção ao vitaliciamento, o disposto nos artigos 52 e 53 da Lei Federal nº 8.625/93, que tratam das licenças para tratamento de saúde; doença de um familiar; casamento; luto; participação em cursos; período de trânsito; disponibilidade remunerada; dirigir entidade classista ou para integrar organismos estatais e licença especial. Entretanto, não parece acertado, a inclusão das férias, licença à gestante e paternidade.

O motivo é elementar. Tanto o direito às férias, quanto as licenças à gestante e paternidade (CF, art. 6º, XVII, XVIII, XIX) traduzem garantias constitucionais inscritas entre os direitos sociais, elevados à condição de direitos fundamentais do cidadão, enquanto as demais foram conferidas pelo legislador.

Se a Lei Maior, quanto ao lapso temporal não os ressalvou para fins de vitaliciamento, poderia o legislador fazer a ressalva?

---

[4] Curso de Direito Constitucional Positivo, 9ª edição, Malheiros. São Paulo. 1993, p. 165.

[5] Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 3ª edição, Malheiros. São Paulo. 1999, p. 184/186. Michel Temer, em sua obra: Elementos de Direito Constitucional. 9ª edição, Malheiros. São Paulo. 1992, p. 25/27, ao falar sobre a eficácia jurídica das normas constitucionais reporta-se aos ensinamentos de José Afonso da Silva, sendo prescindível, *data venia,* sua reprodução.

[6] Op. Cit. p. 126/127.

Essas peculiaridades não escaparam ao domínio do legislador, expressadas na Lei Complementar nº 75, **de 20 de maio de 1993**, que organiza as atribuições do Ministério Público da União.

Conferindo a citada lei, verifica-se que esta **não considera** para efeito de estágio probatório, prorrogando-se o tempo, apenas o **período de afastamento** positivado nos artigos 203 e 204, sendo que este consagra uma exceção no seu § 3º.

Além da exceção consagrada pelo § 3º do art. 204, há tão-somente a licença cogitada pelo art. 222, I, § 1º, alínea *b*.

Na dicção do artigo 184, *a vitaliciedade somente será alcançada após dois anos de efetivo exercício.* Já o artigo 197 define que *Estágio probatório é o período dos dois primeiros anos de efetivo exercício do cargo pelo membro do Ministério Público da União.*

Os artigos 203 e 204 arrolam de **forma exaustiva** as hipóteses de **afastamentos não computadas** para fins de vitaliciamento e o comando emergente do art. 222, § 1º, *b*, a única licença, durante a qual, o prazo é excluído do período de prova.

Por imperativo do art. 208, *os membros do Ministério Público da União, após dois anos de efetivo exercício, só poderão ser demitidos por decisão judicial transitada em julgado.*

Diante disso, há duas leis orgânicas do Ministério Público versando sobre o mesmo assunto, porém de forma distintas.

Certo é que o MP dos Estados tem na Lei Federal nº 8.625/93 sua fonte de inspiração, a qual, inclusive, de forma impositiva, assinalou prazo de cento e vinte dias para as unidades federativas providenciem as respectivas adaptações (art. 81).

Consultadas as leis orgânicas do Ministério Público do **Acre**, **Alagoas, Amazonas**, **Bahia**, **Espírito Santo**, **Goiás**, **Maranhão**, **Minas Gerais**, **Pará**, **Paraná**, **Paraíba**, **Pernambuco**, **Piauí**, **Rio de Janeiro**, **Rio Grande do Norte**, **Rio Grande do Sul**, **Rondônia**, **Roraima** e **Santa Catarina**, verifica-se que elas seguem a recomendação da Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, no que se refere ao estágio probatório e as hipóteses de sua prorrogação.

O legislador carioca traz uma curiosidade. Reporta-se uma única vez ao estágio probatório, preferindo utilizar a locução *estágio confirmatório.*

De outro vértice, os Estados do **Amapá**, **Ceará**, **Mato Grosso**, **Mato Grosso do Sul**, **São Paulo**, **Sergipe** e **Tocantins**, quanto ao exercício do cargo, objetivando o vitaliciamento são bem liberais, não se norteando pela Lei nº 8.625/93, o que recomenda, ainda que de maneira perfunctória, alguns comentários.

No **Amapá**, a Lei Complementar nº 0009, de 29/12/1994, o art. 114, admite licença, sem vencimento, para tratar de interesse particular somente após o estágio probatório e não aceita afastamento durante o período de provas (art. 119, Par. único).

Deste modo, as licenças (artigos 110 a 113), com exceção daquela para cuidar de assuntos particulares, podem ser gozadas pelos membros em estágio probatório sem qualquer objeção ou ressalva, não havendo que se falar em prorrogação para o vitaliciamento.

O **Ceará**, através da Lei Complementar nº 72, de 12/12/2008, publicada no Diário Oficial do Estado nº 240, de 16/12/2008, o mais novo texto legislativo de organização do Ministério Público produzido, razão suficiente para merecer menção especial, não seguiu a orientação da Lei nº 8.625/93, quanto a ressalva relativa ao estágio probatório, que manda excluir os dias de férias, licença à gestante e licença paternidade, por exemplo.

No que concerne às licenças, igualmente, não impôs restrições ao membro-estagiário. Em verdade, a única vedação está positivada no artigo 130, § 3º. Não aceita os afastamentos durante o estágio nas exaustivas hipóteses arroladas pelo artigo 203.

De igual modo, o **Mato Grosso**, não perfilhou a sugestão da Lei Orgânica Nacional e através da Lei Complementar nº 27, de 19/11/1993, art. 64, preferiu estabelecer que durante o estágio não será autorizado o afastamento para as hipóteses dos incisos III, VIII, X e XI, que tratam de licença para freqüentar curso; prestar concurso ao magistério; disponibilidade e concorrer à presidência do órgão classista.

Na mesma trilha, seguiu o legislador do **Mato Grosso do Sul**. De fato. A Lei Complementar nº 72, de 18/01/1994, art. 97, não contempla exceção para efeito de vitaliciamento, vedando, contudo, aos estagiários licenças para concorrer ou exercer cargo eletivo, art. 157, § 3º e freqüentar cursos dentro ou fora do país, art. 158, § 2º.

Em **São Paulo**, a LC nº 734, de 26/11/1993, art. 217, § 4º, decreta que: *não será permitido o afastamento durante o estágio probatório.* No entanto, reporta-se exclusivamente às hipóteses que arrola.

Por seu turno, no artigo 219, não adotou a recomendação da Lei nº 8.625/93, sendo bastante liberal, pois considera como de efetivo exercício, para todos os efeitos legais, inclusive, para fins de estágio probatório, os dias em que o membro estiver afastado de suas funções por motivo de férias, licenças, etc.

O Estado de **Sergipe**, através da Lei Complementar nº 02, de 12/11/1990, art. 65, § 11 declara que as férias são consideradas como de efetivo exercício.

Em **Tocantins**, o mais novo Estado da Federação, a matéria se acha versada nos artigos 155, 157 e 147 da Lei Complementar nº 51, de 02/01/2008, cujos textos, *mutatis mutandis*, são iguais aos dos artigos 217, 219 e 207 da Lei Orgânica do Ministério Público paulista que, tudo indica, serviu-lhe de fonte inspiradora.

Como se viu no decorrer desta exposição, quanto ao tempo de efetivo exercício para o vitaliciamento, há divergências até mesmo entre os Estados, o que traduz, a rigor, inaceitável desigualdade carente de uma definição uniforme. Ademais, o Ministério Público, por imperativo constitucional, é balizado pelos princípios da unidade e indivisibilidade além da independência funcional, não podendo se admitir distinção entre os seus membros, ainda mais neste particular.

4. A diversidade de regime do estágio probatório e o caráter nacional do Ministério Público

É questão ainda controversa, a natureza jurídica da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (LONMP), Lei Federal nº 8.625 de 12/02/1993, publicada no Diário Oficial da União de 15/01/1993.

Para Hugo Nigro Mazzilli[7], cuida-se de lei ordinária. Em sua opinião houve equívoco na interpretação do artigo 61, § 1º, II, *d* da Constituição Federal, que levou o Presidente da República deflagrar o processo legislativo, objetivando fixar normas gerais de organização do MP, mediante observância obrigatória pelos Estados-Membros, o que só seria possível, em sede de lei complementar, *até mesmo por segurança jurídica.*

Desse modo, reforçado pela orientação do art. 128, § 5º da mesma Carta Política, há quem entenda, ao menos quanto ao seu aspecto material, não sem razão, que a Lei Federal nº 8.625/93, tem força de lei complementar.

Apesar disso, no dia 20/05/1993 foi promulgada a Lei Orgânica do Ministério Público da União, Lei Complementar nº 75, com publicação no Diário Oficial da União do dia 21/05/1993.

Por sua vez, a LONMP, em seu artigo 80, manda aplicar, em caso de lacunas, a Lei Complementar nº 75/93. Como visto, aquela regula o estágio probatório de uma forma restritiva, opondo-se, inclusive a direitos fundamentais, enquanto esta, de outra, bem mais liberal, preservando tais direitos.

Se a Magna Carta estabelece garantias mínimas, não parece aceitável ou admissível possa o legislador reduzi-las ou restringi-las.

Não bastasse isso, lei nova que institui direito retirado pela lei antiga, seu comando prevalece sobre esta, que no particular considera-se derrogada, posto que ambas, na pior das hipóteses, têm a mesma natureza jurídica. A Lei Orgânica do MP da União entrou em vigor depois da Lei nº 8.625/93 e regula o assunto de modo diverso.

Neste contexto, é possível e idôneo inferir que o regime da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, no que se refere ao estágio probatório, deve ser aplicado ao Ministério Público dos Estados.

Como reforço, cabe destacar o fato de tramitar no STF a ADI nº 3854/DF proposta em **07/02/2007** pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, objetivando contestar o inciso XI do art. 37 da Constituição Federal, com a redação que lhe deu o art. 1º da EC nº 41/2003; art. 2º da Resolução nº 13/2006 e art. 1º, parágrafo único, da Resolução nº 14/2006, uma e outra do Conselho Nacional de Justiça, que instituiu o sub-teto para magistratura estadual, inferior ao da magistratura federal, calcada no subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, enquanto aquela, no dos Desembargadores estaduais.

Assenta-se o fundamento da pretensão no caráter nacional e unitário do Poder Judiciário, posto que os membros da magistratura estadual e federal se sujeitam ao mesmo regime jurídico quanto às garantias e restrições, afirmando que a distinção compromete ou acarreta ofensa aos princípios da isonomia e proporcionalidade afirmados pelo constituinte originário.

No exame da medida cautelar deduzida, o STF, em sua composição plenária acolheu a tese da entidade classista com decisão amplamente majoritária (um voto vencido e outro parcial quanto à extensão), para suspender a aplicação dos dispositivos impugnados, tendo por diretriz o voto do Relator, Ministro Cezar Peluso, mediante o qual, reconheceu-se o caráter nacional da magistratura, assegurando-se a igualdade de tratamento, tendência que deverá prevalecer na solução do mérito.

Com base nessa posição pretoriana, as Associações do MP de São Paulo, Minas Gerais e Rio de Janeiro solicitaram um parecer jurídico ao Professor José Afonso da Silva, para responder entre outras coisas, se *o Ministério Público brasileiro tem caráter nacional e unitário*. A resposta do notável publicista foi afirmativa.

Em seguida, reportando-se à decisão liminar proferida pelo Ministro Eros Grau no Mandado de Segurança nº 26153/DF destacou:

> *A EC n. 45/2004 consolidou o Ministério Público brasileiro como instituição nacional [g. n.], integrada pelo Ministério Público da União e pelos Ministérios Públicos dos Estados-membros.*

Por sua vez, o Plenário do CNMP foi reunido para decidir em 20/06/2007, o PCA nº 0.00.000.000021/2006-29 e com apenas um voto vencido, sob a relatoria do Conselheiro Francisco Mauricio Rabelo de Albuquerque Silva, definiu o teto remuneratório do Ministério Público equivalente ao subsídio dos Ministros do STF.

---

[7] Regime Jurídico do Ministério Público. 3ª edição. Saraiva. São Paulo. 1996. p. 260 a 277.

O escólio de José Afonso da Silva foi prestigiado pelo Relator, ao reconhecer o caráter nacional e unitário do Ministério Público.

A par dessa interpretação, coloca-se uma pá de cal sobre o assunto e com isso, remove-se qualquer possibilidade de haver tratamento desigual quanto às garantias e prerrogativas conferidas aos seus membros.

De certo que a partir do referido ato decisório, a noção de caráter nacional e unitário atribuído à Instituição, não se limita à hermenêutica de um texto normativo, mas de um verdadeiro princípio que transcende ao direito positivado.

Se a assertiva é verdadeira, não se pode admitir, igualmente e por reserva de coerência lógica, regime diferenciado quanto aos requisitos e, sobretudo, ao período ou lapso temporal para seu membro lograr confirmação na carreira, sob pena de ainda se anuir, *rogata venia,* com a idéia da coexistência de duas instituições, uma de primeira e outra de segunda categoria.

Desse modo, a unidade na regulamentação do estágio probatório, é medida de rigor, missão que o Conselho Nacional do Ministério Público não poderá renunciar tampouco recusar devendo *ipso facto* colocar em prática.

É verdade que, poder-se-ia argumentar, em contrapartida, que tal providência pode constituir afronta ao pacto federativo, aclamado no artigo 1º da Lei Fundamental. Essa preocupação, todavia, parece superada a partir da construção teórica entabulada, inicialmente, pela Suprema Corte e, depois, pelo órgão nacional de controle externo, para sustentar e reconhecer o caráter unitário e nacional do Ministério Público.

Com essa linha de raciocínio, é possível afirmar que para efeito de vitaliciamento, **o período de prova será prorrogado** apenas por força de afastamento em razão de *casamento; morte de cônjuge ou companheiro, ascendente ou descendente, irmão ou dependente econômico; participar de seminários, congressos ou encontros; exercer cargo eletivo; estudar e doença na família.* Fora essas, as demais hipóteses serão consideradas de efetivo exercício para todos os efeitos legais.

Assim, ao cabo de dois anos no exercício do cargo, sem o concurso de quaisquer dos motivos arrolados acima e não sendo atestada a inaptidão do membro-estagiário, deve este ser confirmado na carreira, declarando-se o seu vitaliciamento.

Questão interessante é saber se a garantia da vitaliciedade para se efetivar depende ou não de alguma providência do CSMP e do PGJ. Há quem responda no sentido afirmativo, ante a possibilidade do ato decisório que confirma ou rejeita o vitaliciamente ser desafiado por recurso (Lei nº 8.625/93, art. 12, VIII, alínea "a").

No entanto, essa posição não parece a mais correta, pois, exaurido o lapso de dois anos, a garantia constitucional se opera automaticamente e a decisão que reconhecer o vitaliciamente tem natureza meramente declaratória. Logo, se não é constitutiva, pouco importa o momento em que ela for lançada pela autoridade administrativa competente.

Neste sentido a Lei Complementar nº 057, de 06/07/2006, que organiza o Ministério Público do Estado do Pará, no seu art. 85, VI é imperativa ao estabelecer que ultimado o prazo sem decisão a respeito, o vitaliciamento será automático.

Foi esta também a orientação do Legislador de Rondônia, através da Lei Complementar nº 93, de 03/11/1993, art. 73.

5. Conclusões

5.1. O Ministério Público tem caráter nacional e unitário, não podendo haver distinção de tratamento entre seus membros, independentemente de integrarem Instituição Estadual ou da União, uma vez que são depositários das mesmas garantias e vedações constitucionais e legais;

5.2. Havendo divergência entre a Lei Orgânica Nacional e a Lei Orgânica do Ministério Público da União, quanto ao regime do vitaliciamento, deve prevalecer o entendimento desta, que é lei mais nova.

5.3. O estágio probatório ou período de provas para fins de vitaliciamente do membro do Ministério Público será de dois anos consecutivos, considerando como efetivo exercício os afastamentos por motivo de férias, licenças paternidade e gestante;

5.4. Considera-se prorrogado o tempo do estágio probatório apenas na hipótese de afastamento para se casar; por morte do cônjuge ou companheiro, ascendente ou descendente, irmão ou dependente econômico; participação em seminários, congressos ou encontros; exercer cargo eletivo; doença na família e para estudar ou fazer cursos por prazo não superior a dois anos.

5.5. Expirado o prazo de dois anos, salvo motivo de prorrogação legítima, o vitaliciamento se opera independentemente de decisão neste sentido, em razão da sua natureza meramente declaratória e a partir de então, a perda do cargo dependerá de ação específica e decisão judicial transitada em julgado.

021

ATENTADO À UNIDADE E INDIVISIBILIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO: LEGITIMAÇÃO À DEFENSORIA PÚBLICA PARA TUTELA COLETIVA

Anderson Lodetti Cunha de Oliveira[1]

Procurador da República em Santa Catarina

1. Introdução

O objetivo deste artigo é demonstrar que o legislador ordinário atentou contra os princípios da unidade e indivisibilidade do Ministério Público ao atribuir à Defensoria Pública legitimidade para a proposição de ação civil pública em nome próprio e independente de mandato.

A Lei 11.448/2007 alterou a redação do art. 5º da Lei 7.347/85, atribuindo à Defensoria Pública a legitimidade para a proposição de ações civis públicas para a tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Essa alteração alterou completamente a natureza da Defensoria Pública, transformando-a em ente legitimado para atuar, em nome próprio, em defesa da ordem jurídica, legal e constitucional. Atribuiu à Defensoria Pública atividade exclusiva do Ministério Público, ocorrendo, na prática, a criação de outra Instituição com a mesma natureza deste. Duplicação vedada pelo art. 127, §1º da Constituição da República Federativa do Brasil.

Para demonstrar que a legitimidade ativa da Defensoria Pública para a tutela coletiva é ofensiva aos princípios da unidade e indivisibilidade, necessário passar por alguns aspectos. Em primeiro lugar demonstrar que a unidade e a indivisibilidade são princípios que devem ser analisados sob o ponto de vista interno e externo. Depois, dissertar sobre em que consiste a atividade típica do Ministério Público, que é una e indivisível tal qual a atividade jurisdicional.

Por fim, demonstrar que a legitimação dada pelo novel art. 5º, II da Lei 7.347/85 ofendeu a unidade e a indivisibilidade do Ministério Público ao atribuir a outro órgão o exercício de atividade que lhe é privativa. Criar outra instituição com a mesma atribuição de defesa da ordem jurídico-constitucional, de forma autônoma e imparcial, é criar outra "magistratura ativa" (*Parquet*), o que foi vedado pelo art. 127, §1º da Constituição da República.

2. Unidade e Indivisibilidade sob o ponto de vista externo

A indivisibilidade e a unidade costumam ser abordados, pela doutrina especializada e pelos próprios Tribunais, como aspectos internos da organização do Ministério Público. Comum encontrar definições que criam até confusão sobre o assunto, porque restritas ao âmbito interno do Ministério Público.

Cito a definição de HUGO NIGRO MAZZILLI e de JOSE EDUARDO SABO PAES, duas das mais comumente aceitas:

> *"Unidade significa que os membros do Ministério Público integram um só órgão sob a direção de um só chefe; indivisibilidade significa que seus membros podem ser substituídos uns pelos outros, não arbitrariamente, mas segundo forma estabelecida na lei."*[2]
> *"Segundo o princípio de unidade, sempre que um membro do Ministério Público está atuando, qualquer que seja a matéria, o momento e o lugar, sua atuação será legítima se*

[1] Procurador da República em Santa Catarina. Mestre em Criminologia e Políticas Criminais pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor da UNOESC/ Joaçaba.

[2] MAZZILLI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público**. 6ªed. São Paulo: Saraiva, 2007, p 71.

estiver dirigida a alcançar as finalidades da Instituição. Em outras palavras, todos os membros de um determinado Ministério Público formam parte de um único órgão sob a direção do mesmo chefe; a divisão do Ministério Público em diversos organismos se produz apenas para lograr uma divisão racional do trabalho, mas todos eles atuam guiados pelos mesmos fundamentos e com as mesmas finalidades, constituindo, pois, uma única Instituição. Pelo princípio da indivisibilidade quem está presente em qualquer processo é o Ministério Público, ainda que seja por intermédio de um determinado promotor ou procurador de justiça. Por isso, a expressão "representante do Ministério Público" não é tecnicamente adequada para a eles se referir. Esse princípio permite que os membros da Instituição possam ser substituídos uns por outros no processo, não de uma maneira arbitrária, senão nos casos legalmente previstos (promoção, remoção, aposentadoria, morte etc.) sem que isso constitua qualquer alteração processual."[3]

Nelas está consignado que a indivisibilidade e a unidade institucionais são regras para divisão interna de atribuições. Inclusive, nesse conceito, o próprio conceito de unidade não fica muito claro, porque asseverar que o Ministério Público é uma só instituição sob uma só chefia e com um único objetivo é assemelhar o princípio da unidade à unidade que existe em qualquer órgão da Administração. Afinal, sempre que um fiscal da Receita Federal, por exemplo, está atuando, considera-se que é a própria Receita Federal que está atuando.[4]

Esse conceito de unidade é de pouca utilidade para diferenciar da unidade inerente a todos os demais órgãos públicos.

O conceito de indivisibilidade ainda apresenta algumas peculiaridades, sob o ponto de vista interno, que são interessantes. O principal deles é o da possibilidade de que todos os membros do Ministério Público sejam substituídos, uns pelos outros, sem ofensa a nenhum direito das partes. Mesmo assim, esse princípio parece muito com o princípio da unidade, onde cada membro é visto como integrante de um todo.

HUGO NIGRO MAZZILLI, tolhido por essa visão restritiva, que só aborda o ponto de vista interno, chega ao ponto de afirmar que não existe unidade no Ministério Público brasileiro, porque há o Ministério Público dos Estados e da União, sendo este dividido em quatro ramos.[5]

Essa abordagem não é equivocada, mas apenas limitada. A indivisibilidade e a unidade do Ministério Público também são princípios institucionais sob uma **perspectiva externa**, em sua posição institucional no cenário político-administrativo desenhado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O que significa definir que o Ministério Público é uma instituição una e indivisível? Significa atribuir à atividade do Ministério Público a mesma qualidade que goza a manifestação judicial: unidade e indivisibilidade. O que é uno e indivisível é a natureza da atividade do Ministério Público, como é una e indivisível a natureza da atividade do Poder Judiciário (jurisdição).

O Poder Judiciário quando decide um caso concreto o faz de forma definitiva, porque a jurisdição é una e indivisível. Está em todas as doutrinas processuais, quando abordam a competência, o chamado de atenção para essa característica da jurisdição: unidade e indivisibilidade.

"A jurisdição, que integra as faculdades da soberania estatal, ao lado do poder de legislar e de administrar a coisa pública, vem a ser, na definição de Couture, a função pública, realizada por órgãos componentes do Estado, com as formas requeridas pela lei, em virtude da qual, por ato de juízo, se determina o direito das partes com o objetivo de dirimir seus conflitos e controvérsias de relevância jurídica, mediante decisões com autoridade de coisa julgada, eventualmente passíveis de execução. ***Como função estatal, a jurisdição é, naturalmente, una.*** *Mas seu exercício, na prática, exige o concurso de vários órgãos do Poder Público. A competência é justamente o critério de distribuir entre os vários órgãos judiciários as atribuições relativas ao desempenho da jurisdição."*[6]

Também LUIZ RODRIGUES WAMBIER, FLÁVIO RENATO CORREIA DE ALMEIDA e EDUARDO TALAMINI:

"Jurisdição é a função do Estado, decorrente de sua soberania, de resolver os conflitos, na medida em que a ela sejam apresentados, em lugar daqueles que no conflito estão envolvidos,

---

[3] PAES, José Eduardo Sabo. O Ministério Público na Constituição Brasileira: sua natureza, princípios e estrutura. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União.** Brasília, ano 2, nº 07, abril/junho de 2003, p. 52.

[4] O direito administrativo costuma trabalhar com a teoria organicista, na qual o agente público é parte da própria Administração, como os pés e as mãos são parte do corpo humano.

[5] MAZZILLI, 2007, p. 72.

[6] THEODORO Jr., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 43ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 176.

através da aplicação de uma solução contida no sistema jurídico. Enquanto se trate de uma das formas de exercício do poder do Estado, a jurisdição é una."[7]

Então, quando um Juiz de Direito do interior de Alagoas absolve um réu, quem o fez foi o Judiciário. O que se diz é que "o Judiciário absolveu o réu". O réu mesmo vai afirmar: "o Judiciário me absolveu". O mesmo ocorre quando um Juiz do Trabalho condena uma empresa ou um Tribunal julga um recurso e decide o caso. Em todos esses casos a jurisdição, que é a fração de poder político dada ao Judiciário, é aplicada de forma una e indivisível.

O mesmo acontece com o Ministério Público na sua parcela de poder político. Ao Ministério Público foi dado com exclusividade a decisão acerca da formação da *opinio delicti* e da persecução penal contra os cidadãos e a exclusividade da ação civil para a defesa da ordem jurídico-constitucional de forma autônoma e imparcial. Nenhum outro órgão de Estado tem esse poder. E essa é fração do poder político estatal também, tanto quando a jurisdição, a legislação e a administração.

Logo, quando um Promotor de Justiça do Estado de São Paulo determina o arquivamento do inquérito, quem o fez foi o Ministério Público, não o Ministério Público do Estado de São Paulo. O Ministério Público entendeu que aquele cidadão não deve ser processado criminalmente. Assim também ocorre quando o Procurador da República apela em favor de uma parte incapaz, visando obter a reversão de uma decisão de primeiro grau. Quem está a tutelar o interesse indisponível no caso é o Ministério Público.

Também ocorre essa situação quando o Ministério Público do Trabalho, por exemplo, após verificar que trabalhadores estão sujeitos a situação degradante ou insalubre, propõe uma ação civil pública visando paralisar uma fábrica. Foi o Ministério Público que decidiu utilizar da ação civil para tutela dos direitos coletivos.

A atividade do Ministério Publico é sempre o exercício, no caso concreto, da parcela de poder que o constituinte lhe atribuiu, de forma una e indivisível. Quem arquiva, recorre, propõe ação civil é o Ministério Público.

Equivocada a idéia de que somente os ramos do Ministério Público é que são unos e indivisíveis. Seria o mesmo que asseverar que somente os ramos do Judiciário é que exercem atividade una e indivisível. Na verdade, a atividade do Ministério Público, assim como a jurisdição, é una e indivisível, sendo os ramos mera distribuição de atribuições/competências.

O que existe é a parcela de poder dada ao Ministério Público pela Constituição de 1988. Identificada essa parcela de poder, toda vez que ela for exercida o será de forma una e indivisível, como é a jurisdição (parcela de poder do Judiciário). Mais fácil visualizar a unidade da parcela de poder do Judiciário, porque ela tem um nome que já se tornou clássico: jurisdição. A parcela de poder do Ministério Público não tem nome ("ministeriança", com o devido respeito, seria um nome um tanto estranho) mas esse "ministério público" que exerce é também uno e indivisível.

DENISE NEVES ABADE sustenta que o membro do Ministério Público é agente político, porque exerce parcela de poder estatal soberano com autonomia e independência funcional:

"[...] há de se inquirir sobre o exercício com exclusividade de uma função do Poder de Estado com independência funcional. Quanto ao exercício exclusivo de uma função do Poder de Estado, no caso do membro do Ministério Público, assinala Mazzilli que o Ministério Público, mesmo não sendo Poder de Estado reconhecido pelo artigo 2º da Constituição de 1988, exercita parcela significativa da soberania, ao condicionar o desencadear do jus puniendi estatal ao seu único convencimento, porque é titular privativo da ação penal pública. Essa titularidade da ação penal pública é ainda de maior relevo no Brasil, uma vez que predominam na legislação penal os crimes de ação penal pública. Como preleciona Scarance Fernandes, a repulsa à iniciativa do ofendido e o estabelecimento do sistema acusatório fez com que ao Estado, por meio do Ministério Público, coubesse a legitimidade para acusar. Salienta o autor, ainda, que tal exclusividade do parquet retirou dos demais órgãos da Administração Pública a legitimidade de ofertar a acusação."[8]

FRANCISCO DIAS TEIXEIRA aponta que a função do Ministério Público é função de soberania, e relembra as palavras de Alfredo Valladão, já em 1914:

"As funções do Ministério Público subiram, pois, ainda mais, de autoridade em nossos dias. Ele se apresenta com a figura de um verdadeiro poder do Estado. Se Montesquieu tivesse escrito hoje o 'Espírito das Leis', por certo não seria tríplice, mas quádrupla, a 'Divisão dos

---

[7] WAMBIER, Luiz Rodrigues, ALMEIDA, Flávio Renato Correia de, TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil.** 9ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 1, p. 93.

[8] ABADE, Denise Neves. O membro do Ministério Público como agente político. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da** União. Brasília, ano 2, nº 07, abril/junho 2003, p. 42.

Poderes'. Ao órgão que 'legisla', ao que 'executa', ao que 'julga', um outro órgão acrescentaria ele – o que 'defende' a Sociedade e a Lei perante a Justiça, parte a ofensa donde partir, isto é, dos indivíduos ou dos próprios poderes do Estado!"[9]

Então, assentado que o Ministério Público exerce parcela do poder soberano estatal com exclusividade, cabe analisar em que consiste essa atividade.

3. Atividade Típica do Ministério Público

Qual a parcela de poder que a Constituição da República Federativa do Brasil definiu para o Ministério Público? Está no art. 127 e art. 129 da CRFB, consagrando a tradição de "advogado da lei e da ordem pública", dividindo-se em duas grandes matrizes: a) exercício exclusivo da ação penal pública; b) defesa autônoma e independente da ordem jurídico-constitucional. O item "b" se materializa através de várias ações, judiciais e extrajudiciais, para: a) defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis; b) dos valores constitucionais como patrimônio histórico, artístico, cultural, patrimônio público e social, o meio ambiente, a ordem econômica, os direitos sociais e de minorias; c) defesa da legalidade e lisura do processo eleitoral. Por essa natureza o Ministério Público é conhecido como o fiscal da lei, ou o defensor da legalidade, "*custos legis.*"

Essa natureza de defensor autônomo e imparcial da ordem jurídica nasceu há muito, como lembra ROBERTO LYRA, ao asseverar que no Decreto nº 1.030 de 14/11/1890 o Ministério Público já figurava como:

"o advogado da lei, o fiscal de sua execução, o procurador dos interesses gerais, o promotor da ação pública contra toda violação de direito, o assistente dos sentenciados, dos alienados, dos asilados e dos mendigos, requerendo o que for a bem da justiça e dos deveres de humanidade".[10]

A leitura do art. 127, *caput* da CRFB não deixa dúvidas de que a função de defensor autônomo e imparcial da ordem jurídico-constitucional (constituição e seus valores e da lei válida) foi atribuída ao Ministério Público.

O Estado Democrático de Direito é aquele no qual os poderes constituídos estão todos sujeitos às regras constitucionais, seus princípios e valores. Não há Estado Democrático de Direito onde a constituição seja mero documento declaratório, sem força vinculante. O Ministério Público foi colocado, pelo constituinte de 1988, na condição de guardião ativo da ordem jurídica-constitucional, ao lado do Poder Judiciário.

O Poder Judiciário deve garantir que sempre, em qualquer hipótese, o julgamento da lide seja de acordo com os ditames constitucionais. Mas o Judiciário é poder inerte por natureza, jamais podendo tomar iniciativa, sob pena de comprometer sua imparcialidade. Segundo SERGIO PORTO:

"[...]em hipótese alguma pode o Estado-Jurisdição ter sua imparcialidade comprometida, sob pena de resultar injustificada aus existência. Daí se afirmar que a jurisdição – com o fito de ter garantida a imparcialidade – é inerte. Contudo, não pode este mesmo Estado quedar inerte frente a determinadas situações que lhe cabe solver. Não podendo omitir-se nem mesmo outorgar iniciativa à jurisdição, pena de comprometer sua imparcialidade, legitimou outra instituição integrante de sua estrutura política para a tomada de iniciativas. Desta forma, como consequência da inércia dos órgãos judiciários e frente à necessidade de o Estado agir em determinadas hipóteses, foi legitimado o Ministério Público para fazê-lo ou, dito de outro modo, para exercer o direito de agir do Estado."[11]

Por isso a Constituição da República atribuiu ao Ministério Público a função de ser o guardião ativo das normas constitucionais, dando-lhe o mesmo estatuto dos membros do Poder Judiciário, garantindo sua independência funcional, vitaliciedade, autonomia administrativa e orçamentária. O Ministério Público é o *parquet*, ou seja, o magistrado que atua de pé, no sentido de que tem compromisso único e exclusivo com a lei (em sentido de norma válida), tal qual o magistrado "sentado" (Poder Judiciário).

Inclusive, a própria legitimidade exclusiva para a persecução penal na ação penal pública é decorrente dessa natureza de defensor autônomo e imparcial da ordem jurídica. O persecução penal tinha por base a imposição de pena àquele que violou a lei, atentou contra a ordem jurídica, sendo o Ministério Público o responsável pela sua defesa.

---

[9] VALLADÃO, Alfredo *apud* TEIXEIRA, Francisco Dias. O Ministério Público e o Poder. **Boletim Científico do Ministério Público da União.** Brasília, ano 2, nº 07, abril/junho 2003, p. 11.

[10] LYRA, Roberto *apud* PAES, 2003, p. 50.

[11] PORTO, Sérgio Gilberto. **Sobre o Ministério Público no processo não-criminal.** 2ªed. Rio de Janeiro: AIDE editora, 1998, p. 26.

Essa matriz criminal, de defesa da lei, evoluiu com o tempo e a sociedade, indo à condição de *custos legis* em casos que envolvessem incapazes, questões de especial interesse social (direito de família), até os dias atuais, quando se sabe que existem outras agressões contra a lei que ofendem coletividades, determinadas ou não.

Então, ao entregar a função de fiscal da ordem jurídica ao Ministério Público o constituinte apenas consolidou a vocação desse órgão, que nasceu para a defesa da lei por meio da acusação criminal, da intervenção no processo civil e por meio das ações civis de toda ordem.

Por isso HUGO NIGRO MAZZILLI denomina essas tarefas de "funções típicas", que, segundo ele, são: "promoção da ação penal pública, da promoção da ação civil pública, da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, do zelo pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição etc".[12]

Segundo ALEXANDRE DE MORAES,

> *"A Constituição Federal de 1988 ampliou sobremaneira as funções do Ministério Público, transformando-o em verdadeiro defensor da sociedade, tanto no campo penal com a titularidade exclusiva da ação penal pública, quanto no campo cível como fiscal dos demais Poderes Públicos e defensor da legalidade e moralidade administrativa, inclusive com a titularidade do inquérito civil e da ação civil pública."*[13]

O constituinte conhece a realidade do cenário político e sabia que de pouca valia seria determinar vários deveres aos poderes responsáveis pela implementação de seus ideais (Executivo e Legislativo), sem que houvesse um órgão autônomo e independente para fiscalizar esse cumprimento. De nada adiantariam normas constitucionais que dependessem unicamente da vontade dos políticos para sua implementação. Para garantir seu cumprimento, o constituinte dotou o membro do Ministério Público de independência funcional para que a iniciativa na defesa da ordem jurídica não fosse contaminada por nenhum interesse, seja de governo, seja de particulares. Dotou a instituição de independência administrativa, financeira e orçamentária.

Novamente as palavras de ALEXANDRE DE MORAES:

> *"Analisando estas importantes funções do Ministério Público, o Ministro Sepúlveda Pertence afirmou que o legislador constituinte concedeu uma 'titularidade genérica para promover medidas necessárias à proteção da vigência e da eficácia da Constituição', e mais adiante, comenta a introdução da legitimação para 'uma proteção do patrimônio público', concluindo que a Constituição introduziu ao Ministério Público 'vigilância ativa com legitimação processual, sobe a legalidade da administração'. Esta atuação do Ministério Público visa adequar o novo ordenamento jurídico à tendência contemporânea de todo o Direito Constitucional universal, que é impedir, de todas as formas possiveis, o desrespeito sistemático às normas Constitucionais, que conduz à erosão da própria consciência constitucional."*[14]

A independência funcional, consagrada no art. 127, §1º da CRFB, deu aos membros do Ministério Público o instrumental necessário para atuar, judicial e extrajudicialmente, na implementação dos valores, princípios e normas constitucionais, defendendo a ordem jurídica contra todo o tipo de agressão (o crime, a lesão ambiental, o dano civil ao erário, etc). Sem nenhuma vinculação e sem nenhum interesse prévio, a independência funcional transformou o Ministério Público no guardião ativo da constituição e das leis válidas (o Judiciário é o guardião passivo, também com independência funcional).

Como assevera FRANCISCO DIAS TEIXEIRA, a defesa da ordem jurídico-constitucional, através da ação civil pública para proteção de um direito ou interesse difuso ou coletivo, traz consigo uma decisão política que somente pode ser tomada por um órgão com independência funcional e plena autonomia. Afinal, as ações coletivas sempre resultam em choque de direitos e valores, sendo política a decisão dos termos e dos objetivos que serão perseguidos com ela.[15]

Sem dúvida o constituinte colocou o Ministério Público ao lado dos outros três Poderes clássicos, dando-lhe as mesmas garantias pessoais e institucionais e atribuindo-lhe uma tarefa específica: a defesa da ordem jurídica-

---

[12] MAZZILLI, 2007, p. 126.
[13] MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15ªed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 520.
[14] MORAES, 2004, p. 523.
[15] TEIXEIRA, 2003, p. 13.

constitucional.[16] Para garantir que essa parcela de poder fosse exercida somente pelo Ministério Público, definiu-o como "uno e indivisível" (art. 127, §1° CRFB).

ALEXANDRE DE MORAES aduz que as garantias e prerrogativas não são privilégios, mas sim instrumentos para o bom desempenho das funções-deveres do Ministério Público:

> *"As garantias constitucionais dos membros do Ministério Público, portanto, são garantias da própria sociedade, de que a Instituição, incumbida pela Constituição de ser a guardiã da legalidade formal e material das liberdades públicas, do regime democrático e da Separação dos Poderes, contra os abusos do poder Estatal, não sofra pressões odiosas no exercício de seu mister."*[17]

Essa é a natureza da atividade do Ministério Público: atuação autônoma, independente e imparcial, para garantia da manutenção da ordem jurídica. Não existe outra instituição pública no ordenamento jurídico constitucional que recebeu essa incumbência.

Essa natureza de sua atividade é de unidade e indivisibilidade semelhante à natureza da atividade do Judiciário. Ninguém cogitaria possível instituir outro órgão público com competência para decidir uma lide com caráter definitivo. Por que não? Porque é inerente à idéia de jurisdição a unidade e a indivisibilidade. Se assim procedesse, estar-se-ia criando um outro "judiciário", o que não existe, porque Judiciário é um só.

A mesma questão se coloca para o Ministério Público. É possível instituir um outro órgão público para exercer a ação penal? É possível instituir um outro órgão público para ser o fiscal da ordem jurídica-constitucional, de forma independente e imparcial? A resposta há de ser negativa, porque essa atribuição é do Ministério Público, uno e indivisível.

Esse é o correto entendimento de RICARDO CUNHA CHIMENTI, FERNANDO CAPEZ, MARCIO ELIAS ROSA e MARISA F. SANTOS:

> *"o princípio da unidade do Ministério Público, previsto no art. 127, §1°, da Constituição Federal,* ***corresponde à impossibilidade de atribuição das funções ministeriais a mais de uma carreira do Estado****; a instituição é una; única a desempenhar o papel confiado ao Ministério Público. Na estrutura material do Estado* ***não haverá outra Instituição com idênticas funções ou perfil constitucional.****"*[18]

A unidade é da natureza da atividade ministerial, que somente compete ao Ministério Público, por sua qualidade de instituição permanente e essencial à atividade jurisdicional do Estado, conforme prevê o art. 127 da Constituição da República.

4. Inconstitucionalidade do art. 5°, II da Lei 7.347/07

A nova redação do art. 5°, II da Lei 7.347/85, alterada pela Lei 11.448/2007, afronta a Constituição da República em seu art. 127,§1°. Ao atribuir a outro órgão público a mesma legitimidade do Ministério Público, o legislador ordinário rompeu com a unidade e a indivisibilidade do Ministério Público. Instituiu, em duplicidade, órgão com legitimidade para, em seu próprio nome, defender a ordem jurídico-constitucional através da ação civil pública.

A Defensoria Pública é órgão público instituído pela Constituição de 1988 com uma atribuição bem definida: a orientação jurídica e a defesa judicial dos necessitados na forma do art. 5°, LXXIV. A função da Defensoria Pública é o suprimento da capacidade postulatória daqueles que não têm condições econômicas de contratar um advogado. O Defensor Público é um advogado cedido pelo Estado para o cidadão necessitado.

Tanto que a Defensoria Pública está colocada ao lado da Advocacia, na seção III, do Capítulo IV do Título IV. **O Defensor Público não tem legitimidade e nem interesse processual, porque jamais pode atuar em seu nome**. O Defensor Público atua com mandato, em nome do cidadão necessitado, este sim que se sujeitará ao crivo das condições da ação: ser parte legítima e ter interesse processual.

O que o art. 5°, II da Lei 7.347/85 fez foi dar à Defensoria Pública uma legitimidade autônoma para, **em seu próprio nome,** a defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, independente da existência de

---

[16] Há alguns que descaracterizam o Ministério Público como poder asseverando que as agências controladoras (ANEEL, ANATEL, etc) também tem independência funcional e autonomia administrativa e financeira. O equívoco do raciocínio está em não perceber que as autarquias são criadas pelo legislador ordinário e têm seu regime jurídico todo sujeito à lei ordinária. O Ministério Público não está sujeito ao legislador ordinário.

[17] MORAES, 2004, p. 537.

[18] CHIMENTI, Ricardo Cunha, CAPEZ, Fernando, ROSA, Marcio F. Elias, SANTOS, Marisa F. **Curso de Direito Constitucional**. 3ªed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 435. (grifo meu)

mandato. Ou seja, o novel inciso transformou a Defensoria Pública em órgão público com legitimidade autônoma, independente de mandato, para a defesa da ordem legal e constitucional.

Como exposto supra, essa atividade, desde os primórdios do *custos legis,* é da natureza do Ministério Público. Ao permitir que outro órgão ingresse com ação em defesa de interesses difusos/coletivos/individuais homogêneos, de forma independente, sem vinculação com nenhum interesse (público ou particular), a lei ordinária dividiu o Ministério Público, porque dividiu a parcela de poder que lhe foi atribuída com exclusividade.

A divisão do Ministério Público significa atribuir a outro órgão a atividade que, até então, era exclusiva do *parquet.* O fato de não ser atribuído o nome "Ministério Público" ao outro órgão é irrelevante, posto que a natureza da atividade que passou a ser desenvolvida pela Defensoria Pública é de Ministério Publico.

Inclusive, com essa inovação no art. 5º da LACP o legislador ordinário transformou a Defensoria Pública em Defensoria do Interesse Público, Defensoria da Ordem Pública, não mais em Defensoria do necessitado tão somente (como determinou o constituinte originário). Essa divisão do Ministério Público, com a nova natureza jurídica da Defensoria Pública, atenta contra os princípios institucionais da unidade e da indivisibilidade postos pelo Poder Constituinte Originário (art. 127, §1º CRFB).

Não vale o argumento de que o art. 129, §1º da CRFB foi muito claro ao não fechar o rol de legitimados para a ação civil pública. O que o referido dispositivo fez foi permitir que terceiros sejam legitimados para a propositura de ação civil pública, **mas não que outro órgão público pudesse ser criado para, nos moldes do Ministério Público** (de forma independente, sem vinculação específica e em nome próprio), propor ação civil pública. Se assim o fizesse, seria contraditório com o art. 127 e seu parágrafo primeiro.

O que o constituinte permitiu com o §1º do art. 129 da CRFB foi a democratização no acesso à justiça. Permitiu que associações, fundações, órgãos públicos, entes da administração indireta e direta, pudessem também tutelar os interesses difusos e coletivos em juízo, por meio da ação civil pública.

Como efeito desse permissivo, o art. 5º da Lei da Ação Civil Pública legitimava o Ministério Público, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista e a associação que cumprisse alguns requisitos.

Da análise do dispositivo ficava evidente que o único órgão público legitimado de forma autônoma, sem necessidade de demonstrar pertinência temática da ação com os objetivos/interesses próprios era o Ministério Público. Essa legitimidade automática do Ministério Público decorre de sua natureza de guardião ativo da ordem jurídico-constitucional (o Judiciário, repita-se, é o guardião passivo, inerte).

Todos os outros entes da Administração Direta e Indireta devem demonstrar, no caso concreto, interesse específico (pertinência temática) para a propositura da ação civil pública.

Eis as palavras de HUGO NIGRO MAZZILLI

> *"Devemos perquirir se o requisito de pertinência temática só se liga às associações civis ou se também alcançaria fundações privadas, sindicatos, corporações, ou até mesmo as entidades e os órgãos da administração pública direta e indireta, ainda que sem personalidade jurídica. Numa interpretação mais ou menos literal, a conclusão será negativa, dada a redação do art. 5º LACP e do art. 82, IV do CDC. Entretanto, onde há a mesma razão há de se aplicar a mesma disposição. Os sindicatos e corporações congêneres estão na mesma situação das associações civis, para o fim da defesa coletiva de grupos; as fundações privadas e até mesmo as entidades da administração pública também têm seus fins peculiares, que nem sempre se coadunam com a substituição processual de grupos, classes ou categorias de pessoas lesadas, para a defesa coletiva de seus interesses.[...] Tomemos, por exemplo, uma empresa pública ou uma autarquia. Não nos parece possa despender recursos públicos para defesa de interesses transindividuais que não guardem relação alguma com o seu objeto. Assim, uma empresa de transportes públicos não se pode pôr a defender assinantes de linha telefônica...Em suma, cremos que analogicamente ao que sucede como as associações civis, se deve aplicar o requisito da pertinência temática a esses outros co-legitimados. Só não tem sentido exigir pertinência temática do Ministério Público, da União, dos Estados, dos Municípios, do Distrito Federal."*[19]

Ainda que pareça que o autor deu o mesmo tratamento à legitimidade do Ministério Público e dos entes da Administração Direta, mais adiante ele assevera que só o Ministério Público tem legitimidade e interesse presumidos, sendo que "os demais legitimados, e até mesmo, a nosso ver, União, Estados, Municípios e Distrito Federal deverão ter *interesse concreto* na defesa do interesse objetivado na ação civil pública ou coletiva. Assim, por exemplo, não teria Município interesse em defender um bem dominial da União nem o contrário."[20]

---

[19] MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. São Paulo: Saraiva, 20ªed, 2007, 293.
[20] MAZZILLI, 2007b, p. 296.

JOÃO BATISTA DE ALMEIDA segue o mesmo raciocínio, asseverando que União, Estados/DF e Municípios são legitimados em abstrato, mas não têm condições de propor qualquer ação civil pública na defesa de qualquer interesse (como o Ministério Público). Há que se verificar se os entes da Administração Direta têm *interesse de agir no caso concreto*:

> *"É essencial que a ofensa ao bem jurídico tutelado relacione-se direta ou indiretamente com os entes públicos enumerados ou com um deles, para que se caracterize o interesse e justifique o ingresso em juízo. [...] Assim, o Município deverá proteger interesse difuso ligado exclusivamente a sua população, mas não o terá de forma indiscriminada para atuar em defesa dos habitantes de outro Município."*[21]

No mesmo sentido JOSÉ MARCELO MENEZES VIGLIAR:

> *"Quanto ao Ministério Público, não há mesmo grandes problemas, lembrando que ele constitui, diante de sua destinação institucional, o substituto processual por excelência, inclusive dos demais co-legitimados integrantes dos mencionados róis.[...] O mesmo não se pode afirmar em relação à União, aos Estados-membros, aos Municípios e ao Distrito Federal. Com efeito, há que se verificar sim, no caso concreto, a presença de um vínculo entre os substituídos e os substitutos, para que se possa concluir pela legitimação dessas pessoas jurídicas de direito público interno, para a defesa de determinado interesse supra-individual."*[22]

No mesmo sentido, PEDRO DA SILVA DINAMARCO.[23]

Então, uma coisa é a legitimidade dos órgãos da Administração Direta para tutela de interesses específicos, outra coisa é a legitimação do Ministério Público, para a tutela de interesses difusos e coletivos sem nenhuma análise de pertinência temática ou especial vinculação do interesse. O Ministério Público propõe a ação civil pública porque percebe que há ofensa à ordem jurídico-constitucional por parte da ação de alguma pessoa (física, jurídica, de direito público ou privado), em ofensa à direitos da comunidade (difusos, coletivos e indisponíveis).

A União pode propor ação civil pública para recompor Parque Nacional degradado por uma empresa poluidora. Mas não pode propor ação civil pública contra si mesma, para que o Ministério da Saúde, por exemplo, inclua determinado remédio na lista de medicamentos excepcionais. Porque nesse caso não tem interesse processual, eis que o problema se resolve na esfera administrativa. Essa é, também, uma limitação da Advocacia Geral da União, que não pode ir contra seu constituinte (a União).

Também não pode o Estado propor ação civil pública para anular determinada portaria da Secretaria da Educação, por exemplo, em defesa dos interesses dos alunos do ensino médio. Falta-lhe interesse de agir. Ou propor ação civil pública em benefício dos alunos do ensino médio de outro Estado da Federação.

Essa situação não ocorre com o Ministério Público, legitimado nato à defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis. **O Ministério Público é, com certeza, o único legitimado com independência funcional, sem vinculação com nenhum ente público, para a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.** E assim é porque é da natureza, da ontologia, do "ser" Ministério Público a defesa da ordem jurídico-constitucional de forma independente, ativa e imparcial, configurando-o como verdadeira "**Magistratura de Pé**" (*Parquet*).

A inclusão da Defensoria Pública (Lei 11.448/07) entre os legitimados ativos da ação civil pública veio duplicar essa atribuição, até então exclusiva do Ministério Público. Porque a Defensoria Pública não é órgão de Governo (desvinculado do Executivo e suas políticas de governo), mas sim órgão de Estado com independência funcional de seus membros (art. 3º da Lei Complementar 80/1994).

A Defensoria Pública com legitimação para propor ação civil pública, em nome próprio, significa um órgão público criado para, conforme seu juízo de conveniência e oportunidade (decorrentes da independência funcional), proteger a ordem jurídica e o regime democrático através da defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos de forma autônoma, sem vinculação específica.

Não resta dúvida de que o legislador ordinário dividiu o Ministério Público, porque dividiu com outro órgão público atribuição que lhe era exclusiva. Essa é a verdadeira divisão que o constituinte de 1988 quis evitar, pois somente ao Ministério Público caberia, segundo sua vontade, o exercício de ação civil em defesa da ordem jurídico-constitucional.

A liberalidade dos art. 129, §1º da CRFB não legitimou o legislador ordinário à constituir outro órgão público para a defesa da ordem jurídico-constitucional por meio de ações civis. Apenas ressaltou que, pelo maior acesso ao

---

[21] ALMEIDA, João Batista de. **Aspectos Controvertidos da Ação Civil Pública.** São Paulo: RT, 2001, p. 110.
[22] VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Ação Civil Pública**. 2ªed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 71.
[23] DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação Civil Pública.** São Paulo: Saraiva, 2001, p. 227.

Judiciário, deveria haver outros legitimados (entes da Administração, entes da sociedade civil, particulares, etc, conforme melhor entender a lei), mas sem, jamais, uma duplicação do Ministério Público, eis que ente uno e indivisível.

Como pode a Defensoria Pública atuar sem mandato, senão igualando-se ao Ministério Público e fazendo da defesa da ordem jurídico-constitucional e da legalidade o único fim perseguido?

E a questão da duplicação das instituições e ainda mais perceptível quando se analisa a estrutura atual da Defensoria Pública da União. Por meio da Portaria nº 560, de 30 de agosto de 2007, instituíram-se as Câmaras de Coordenação na DPU, incluindo uma câmara criminal, uma câmara cível, uma câmara previdenciária e **uma câmara de tutela coletiva e direitos humanos.** Tal qual ocorre no âmbito do Ministério Público Federal, onde há a Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão e as demais câmaras, com atribuições de tutela coletiva (exceção da segunda câmara, que é criminal).

E a duplicação é agravada pela novel redação do art. 5º, II da LACP (ora inquinada de inconstitucional), uma vez que dá atribuição à Defensoria Pública para a tutela coletiva. Ora, dar atribuição é definir competência no âmbito do direito público. E como se sabe a competência é **irrecusável e obrigatória,** sendo que a Defensoria Pública será obrigada a se estruturar para a defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos nos mesmos moldes do Ministério Público (que tem essa atribuição por força do Poder Constituinte Originário).

Não se está aqui a defender que a Defensoria Pública não possa propor ação civil pública. Pode fazê-lo sim, desde que tenha o mandato de um ente civil (associação, por exemplo) que se enquadre no conceito de necessitado econômico, como exige o art. 134 da CRFB.

O que se quer insistir é que a Defensoria Pública é órgão sem legitimidade própria, posto que sua função é a de "advogado do necessitado". Quem tem legitimidade e interesse processual é a parte, não a Defensoria Pública.

Defensoria Pública com legitimidade própria e interesse processual própria, atuando sem mandato, é órgão público autônomo com incumbência de defesa da ordem legal, constitucional e dos direitos em abstrato. Ou seja, é uma duplicação do Ministério Público.

Essa atribuição de legitimidade própria, conferida à Defensoria Pública pelo legislador ordinário, traz outras conseqüências que demonstram, às claras, a ofensa à unidade e indivisibilidade do Ministério Público.

A primeira delas é a posição que a Defensoria Pública passa a gozar no cenário político-institucional. Se tem competência (que em direito público é dever) para tutela da ordem jurídica, em nome próprio, deve também exercer a função de *custos legis* no processo civil. Afinal, o que fundamenta a intervenção do Ministério Público conforme o art. 82, III do CPC é justamente a existência de interesses coletivos em litígio. O Ministério Público é chamado a intervir, sendo-lhe atribuídos os poderes e ônus das partes, porque é o órgão com legitimidade autônoma para a defesa das coletividades e da ordem jurídica. Se a Defensoria Pública também tem o dever-poder de tutelar direitos difusos e coletivos, por certo terá o dever de intervir em todas as causas em que vislumbrar (independência funcional do Defensor Público lhe concede os poderes privativos para essa valoração) interesses coletivos ou de dimensão pública.

Essa inovação também força a reconsideração do assento ao lado direito dos magistrados, desde o Supremo Tribunal Federal até os juízos de primeiro grau. O que justifica essa posição do Ministério Público é justamente a sua natureza de magistrado ativo na defesa da ordem jurídico-constitucional. Se a Defensoria Pública passou a ter a mesma atribuição, sem dúvidas deve ter o mesmo assento, pois deixou de ser representante da parte e de se identificar com os interesses de seu constituinte, para defender a ordem jurídica de forma autônoma e imparcial, em seu próprio nome.

Outra questão é que a Defensoria Pública poderá ingressar em qualquer ação civil em andamento, uma vez que se lhe concedeu autonomia funcional para avaliar se há interesse público no objeto da lide. E, se no mesmo processo houver intervenção do Ministério Público, haverão os seus membros de sentarem, lado a lado, ao lado direito do magistrado.

Essa configuração espacial da sala de audiências, no futuro breve – se não for declarada a inconstitucionalidade do art. 5º, II da LACP – é um tanto elucidativa dos argumentos até aqui expostos. Ficará evidente a duplicidade de órgãos no exercício da função do art. 127, *caput* da CRFB. Ficará evidente que aquilo que deveria ser uno e indivisível (o Ministério Público), foi duplicado.

5. Conclusão

1) A legitimidade para a defesa da ordem jurídico-constitucional, de forma autônoma, independente e imparcial, foi atribuída exclusivamente ao Ministério Público pelo constituinte originário, através do art. 127 da Constituição da República. Essa atividade constitucionalmente definida delimita o âmbito ontológico do Ministério Público, o seu "ser". Ser Ministério Público é defender a ordem jurídico-constitucional por meio da ação penal ou das ações civis, sempre com independência funcional diante de uma valoração política. A equiparação do Ministério Público com os membros do Judiciário decorre da semelhança das atividades, que são complementares (uma ativa e outra passiva) e têm por finalidade última manter válidas e eficazes as normas constitucionais e legais.

2) Os princípios da unidade e indivisibilidade são abordados, em regra, somente sob o ponto de vista interno. Mas são princípios institucionais que também servem de garantia institucional ao Ministério Público, na medida em que impedem que outra instituição pública possa receber as suas atribuições constitucionais. Atribuir a outra instituição as mesmas atividades do Ministério Público é duplicar a instituição, violando o princípio da unidade e da indivisibilidade.

3) O legislador ordinário extrapolou seu poder de legislar através do art. 5º, II da Lei 7.347/85, inserido pela Lei 11.448/07. Essa alteração violou o art. 127, §1º da Constituição da República pois concedeu à Defensoria Pública o poder de exercer atividade típica e exclusiva do Ministério Público. A legitimidade para propor ação civil pública jamais poderia ser da Defensoria Pública, que exerce atividade de assistência judiciária dos necessitados. A Defensoria Pública é atividade de advocacia gratuita aos que não têm condições de contratar os serviços de um advogado. O Defensor Público não tem legitimidade e interesse processual, pois não pode litigar em nome próprio, apenas em nome de seu mandande/constituinte.

4) Ao conceder à Defensoria Pública a legitimidade para, em nome próprio e independente de mandato, propor ações civis públicas em defesa de interesses difusos e coletivos, o legislador ordinário criou a defensoria da ordem jurídica, da ordem pública, dando-lhe poderes para defender interesses sociais de forma autônoma, independente e imparcial. Ou seja, permitiu que a Defensoria Pública exerça a mesma atividade típica do Ministério Público, dividindo esta instituição.

5) Além de ser inconstitucional, essa alteração da Lei 7.347/85 legitimará a Defensoria Pública a ingressar em qualquer ação civil na qual vislumbre que esteja havendo litígio envolvendo interesses coletivos, na forma do art. 82, III do CPC. Também a legitimará a sentar ao lado direito dos juízes, uma vez que exercerá defesa da ordem jurídica, não mais comprometida com os interesses da parte que lhe constituiu.

6. Referências Bibliográficas

ABADE, Denise Neves. O membro do Ministério Público como agente político. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da** União. Brasília, ano 2, nº 07, abril/junho 2003.

ALMEIDA, João Batista de. **Aspectos Controvertidos da Ação Civil Pública.** São Paulo: RT, 2001.

CHIMENTI, Ricardo Cunha, CAPEZ, Fernando, ROSA, Marcio F. Elias, SANTOS, Marisa F. **Curso de Direito Constitucional**. 3ªed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação Civil Pública.** São Paulo: Saraiva, 2001.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público**. 6ªed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. São Paulo: Saraiva, 20ªed, 2007b..

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15ªed. São Paulo: Atlas, 2004.

PAES, José Eduardo Sabo. O Ministério Público na Constituição Brasileira: sua natureza, princípios e estrutura. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União.** Brasília, ano 2, nº 07, abril/junho de 2003.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Sobre o Ministério Público no processo não-criminal.** 2ªed. Rio de Janeiro: AIDE editora, 1998.

THEODORO Jr., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 43ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

VALLADÃO, Alfredo *apud* TEIXEIRA, Francisco Dias. O Ministério Público e o Poder. **Boletim Científico do Ministério Público da União.** Brasília, ano 2, nº 07, abril/junho 2003.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Ação Civil Pública**. 2ªed. São Paulo: Atlas, 1998.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, ALMEIDA, Flávio Renato Correia de, TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil.** 9ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 1.

023

A ATUAÇÃO FISCALIZATÓRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA NOVA LEI DE MANDADO DE SEGURANÇA

João Paulo Santos Schoucair[1]

Promotor de Justiça de Olindina/BA

"Quando as águas da enchente derrubam as casas, e o rio transborda arrasando tudo, quer dizer que há muitos dias começou a chover na serra, ainda que não déssemos conta." Eraclio Zepeda

Síntese Dogmática: A presente tese, inserida na Área da Política Institucional e Administrativa Interação corporativa e responsabilidade funcional como condições de fortalecimento institucional, fulcra seu objetivo na demonstração da desnecessidade de manifestação ministerial meritória em sede de mandado de segurança que não discuta interesse social relevante ou individual indisponível, formatando, assim, a Lei nº 12.016/09 com o perfil do *Parquet,* moldado pela Constituição Federal de 1988, o que, frise-se, por oportuno, em momento algum, inviabiliza a vista pessoal dos autos, bem como a deflagração de investigação para apuração de eventual ato de improbidade administrativa.

I. Introdução

Como é cediço, o Ministério Público brasileiro, ao cumprir, com fidelidade, seu mister constitucional de defender os pilares do Estado Democrático e de Direito, ganha, cada vez mais, credibilidade e respeito do povo brasileiro. Ademais, aumenta também a responsabilidade de prestar com eficiência e presteza a sua missão, de modo que o redimensionamento de suas atribuições é temática que se coloca na pauta do dia, para a garantia do crescimento da Instituição.

Ocorre, todavia, que tal debate, rotulado como a *racionalização das atribuições ministeriais*, a qual se manifesta com mais efervescência na esfera cível, além de despertar uma mistura do sentimento de paixão e do ódio, verso e reverso da mesma moeda, assim como o choque de setores mais modernos com outros mais conservadores da Instituição, entrincheira seus defensores na alça de mira dos órgãos correcionais e administrações superiores ao redor do Brasil.

Dentro deste espectro de turbulência jurídico-institucional, exsurge a necessidade da leitura constitucional da atuação do Ministério Público em sede de mandado de segurança, que não envolva direito social relevante ou individual indisponível, como uma das vias da mencionada racionalização, razão essencial deste trabalho, o qual não tem o propósito de firmar qualquer tipo de axioma, mas apenas de catalisar, humildemente, o qualificado embate intelectual, a fim de flexibilizar velhos paradigmas, consolidando o fortalecimento de uma Instituição que se almeja robusta e aguerrida.

[1] **João Paulo Santos Schoucair** é Promotor de Justiça de Olindina/BA. Ex-Analista Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia. Professor de Direito Processual Penal da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais AGES. Pós-graduado em Ciências Criminais pela Fundação Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Membro do Grupo Nacional de Promotores de Justiça - GNPJ. Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim e ao Movimento Ministério Público Democrático. Endereço: Praça 14 de Agosto, s/nº, Fórum Des. Walter Brandão, Centro, Olindina – Bahia. CEP.: 48.470-000. Tel.: 75 3436-1894. E-mail: jpsantos@mp.ba.gov.br e jongasantos@hotmail.com

II. Da leitura pré-constitucional das atribuições ministeriais em sede de Mandado de Segurança

O Mandado de Segurança, à luz dos ensinamentos do mestre Hely Lopes, é o meio constitucional, posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça[2].

Outrossim, antes de restabelecer a ordem jurídica, eventualmente violada, determinava a Lei nº 1.533/51 que o magistrado, franqueasse vista dos autos ao presentante do Ministério Público, a fim de que este se manifestasse sobre a matéria, no prazo de 05 (cinco) dias, *in verbis*:

> Art. 10 - Findo o prazo a que se refere o item I do artigo 7º e ouvido o representante do Ministério Público dentro em cinco dias, os autos serão conclusos ao juiz, independente de solicitação da parte, para a decisão, a qual deverá ser proferida em cinco dias, tenham sido ou não prestadas as informações pela autoridade coatora.

O momento histórico que circundava a promulgação da Lei nº 1.533/51, como assevera Marcelo Zenkner, à época, a Constituição de 1946[3], outorgava ao Ministério Público a representação da União em juízo, podendo a lei cometer esse encargo, nas comarcas do interior, ao Ministério Público local, situação que, repetida na Constituição de 1967, perdurou até 1988.[4]

Neste contexto, percebe-se que o membro do Ministério Público, sob a ótica do modelo constitucional vigente no período da criação da antiga Lei do Mandado de Segurança, ao cumprir sua tarefa de defensor dos interesses da Fazenda Pública, deveria exarar parecer analisando o mérito de todos os mandados de segurança, como destaca Carlos Jatahy:

> Com a promulgação da Constituição de 1946, o Ministério Público retornou ao texto constitucional em título próprio, após a organização das Justiças dos Estados (arts. 125 e 128), prevendo-se a Instituição tanto no âmbito federal como no estadual e sua atuação nas Justiças Comum, Militar, Eleitoral e do Trabalho. Foram asseguradas aos seus membros a estabilidade e inamovibilidade, além de ser outorgada, nessa ocasião, a representação da União aos Procuradores da República, que podiam delegar tais funções, nas comarcas do interior, aos Promotores de Justiça, numa atuação de índole fazendária que somente foi afastada em 1988.[5]

III. Da evolução do mister ministerial com o advento da Magna Carta de 1988

É com a Carta Magna de 1988, que o *Parquet* ganha o *status* constitucional de 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.

Nesta senda, contemplando a *Lex Fundamentalis* os anseios populares que eclodiam nas ruas, foram guindados, como seus fundamentos, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, o pluralismo político e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Foram eleitos, ademais, como objetivos fundamentais, pela Carta de Outubro a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza, da marginalização e das desigualdades sociais; e a promoção do bem de todos, sem qualquer tipo de discriminação, na expectativa de tornar o Brasil do futuro uma potência do presente.

Não se limitando, contudo, a anunciar metas para a construção de um novo Brasil, confiou a Norma Maior ao Ministério Público a missão de pautar sua atuação em busca de tais ideais, utilizando o Direito como instrumento de transformação social. Tratado de forma mais sistemática e adequada, estava o *Parquet* posto para participar, na definição de Marcelo Goulart, "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"[6].

---

[2] MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança.* 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 25-26.

[3] Art. 126, parágrafo único, da Constituição Federal de 1946.

[4] ZENKNER, Marcelo. *Ministério público e efetividade do processo civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 174.

[5] JATAHY, Carlos Roberto de C. *O ministério público e o estado democrático de direito: perspectivas constitucionais de atuação institucional.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 22.

[6] GOULART, Marcelo Pedrosa. *Ministério público e democracia – teoria e práxis.* São Paulo: Editora de direito, 1998, p. 141-142.

O Ministério Público passou a estar, a partir de então, dissociado de qualquer dos três Poderes, sendo-lhe concedida a iniciativa legislativa de criação e extinção de cargos e a fixação de vencimentos. Deferida, ainda, foi a capacidade de se auto-organizar, por meio de estatuto próprio, bem como de elaborar seu projeto orçamentário e de participar, ativamente, com a formulação de lista tríplice, da escolha de sua liderança, nos Estados e Distrito Federal, pelo Chefe do Poder Executivo.

Assim, criados estavam os mecanismos idôneos a amparar o Ministério Público a assumir o papel mais importante de sua história, como assevera Celso Bastos:

Nenhuma das Constituições pretéritas deu ao Ministério Público o tratamento extensivo de que goza na Constituição de 1988. E não é de minúcias de que se trata. Mas sim de revesti-lo de prerrogativas e competências inéditas no passado.

O Ministério Público tem sua razão de ser na necessidade de ativar o Poder Judiciário, em pontos em que este remanesceria inerte porque o interesse agredido não diz respeito a pessoas determinadas, mas a toda coletividade.[7]

No mesmo sentido, pontifica Afonso da Silva:

> O Ministério Público vem ocupando lugar cada vez mais destacado na organização do Estado, dado o alargamento de suas funções de proteção de direitos indisponíveis e de interesses coletivos. A constituição de 1891 não o mencionou, senão para dizer que um dos membros do Supremo Tribunal Federal seria designado Procurador-Geral da República, mas uma lei de 1890 (de n. 1030) já o organizava como instituição. A Constituição de 1934 o considerou como órgão de cooperação nas atividades governamentais. A de 1946 reservou-lhe um título autônomo, enquanto a de 1967 o incluiu numa seção do Poder Judiciário e a sua Emenda 1/69 o situou entre os órgãos do Poder Executivo. Agora, a Constituição lhe dá relevo de 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.*[8]

Habilitado pela Constituição Cidadã a atuar nos mais variados ramos do direito, deixou o *Parquet* de carregar apenas as marcas das emblemáticas figuras do Promotor do Júri, na esfera criminal, e do Promotor Fiscal da Lei, na área Cível, como carta de apresentação. A Constituição Federal, de forma exemplificativa, nos nove incisos do art. 129, abriu o leque de atuação do Ministério Público, sendo seguida por farta legislação infraconstitucional que regulamentou outras atribuições[9].

Os ventos democráticos consolidaram, destarte, o Ministério Público como defensor da sociedade, credenciando-o a agir em prol do meio ambiente, dos direitos constitucionais do cidadão, do consumidor, das pessoas portadoras de deficiência, da criança e do adolescente, do idoso, da defesa da moralidade e do patrimônio público, dentre outros.

Verdadeiro agente de transformação social, o Órgão Ministerial dialoga com os demais Poderes e parcelas da sociedade nas audiências públicas, ajusta as condutas tidas como incompatíveis com a ordem jurídica, por meio da celebração de termos de ajustamento, e instaura procedimentos administrativos para subsidiar o eventual ajuizamento de ação civil pública, na defesa dos interesses sociais relevantes. Na luta pelo meio ambiente equilibrado, por uma educação de qualidade, por uma prestação satisfatória dos serviços de saúde, por um sistema de segurança pública que proteja o cidadão, velando pela dignidade dos encarcerados; pela implementação de políticas públicas que, efetivamente, tutelem a criança e o adolescente, em síntese, na esperança de construir de um país melhor reside a razão de ser do Ministério Público.

Tendo que se colocar, muitas vezes, contra os interesses dos demais Poderes Republicanos, no incessante controle pelo correto gerenciamento da coisa pública, aduz Antônio Ferraz que o Ministério Público "assume o papel de verdadeiro *ombudsman*"[10], manejando as medidas judiciais e extrajudiciais a fim de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública.

O Ministério Público brasileiro vira, desta forma, a página de sua história, deixando para trás um passado de subserviência aos interesses do Estado, de mero apêndice dos governos militares, para, hoje, assumir um papel fundamental na defesa do Estado de Direito Concretizador.

Desse modo, vislumbra-se, de forma cristalina, que a obrigatória manifestação ministerial sobre o mérito do mandado de segurança, em qualquer tipo de interesse jurídico violado, não se compatibiliza com o novo modelo de Ministério Público inaugurado pelo Manto Constitucional de 1988.

---

[7] BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional.* 14. ed. São Paulo, 1992, p.339.

[8] SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo. 24.* ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 597-598.

[9] Lei nº 7.853/89; Lei nº 7.913/89; Lei nº 8.625/93; LC nº 75/93; Lei nº 8.078/90; Lei nº 8.069/90; Lei nº 8.864/94 entre outras.

[10] FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo (Coord.) *Ministério público: instituição e processo.* São Paulo: Atlas, 1997, p. 21.

IV. Da leitura constitucional da função do *custos legis* descrita na Lei nº 12.016/09

A Lei nº 12.016/09, ao dimensionar a utilização do *writ* constitucional, dando-lhe novos contornos, na esfera individual e coletiva, assim dispôs acerca da atuação do Ministério Público, quando este estiver exercendo o papel de fiscal da legalidade:

> Art. 12. Findo o prazo a que se refere o inciso I do *caput* do art. 7º desta Lei, o juiz ouvirá o representante do Ministério Público, que opinará, dentro do prazo improrrogável de 10 (dez) dias.
> Parágrafo único. Com ou sem o parecer do Ministério Público, os autos serão conclusos ao juiz, para a decisão, a qual deverá ser necessariamente proferida em 30 (trinta) dias.

Dessa forma, é de se indagar qual seria a interpretação mais alinhada ao atual modelo constitucional da atuação do Ministério Público, no desempenho da coadjuvante atribuição de parecerista, ante a recente Lei do Mandado de Segurança.

Neste quadrante, não se deve olvidar que todo exercício hermenêutico reclama uma atividade contínua de superação de entendimentos que se contrapõem com o passar do tempo. A interpretação do direito não é mera dedução lógica dele, "mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos"[11], por conta disso toda a leitura da atuação do Ministério Público como *custos iuris*, deve ser efetuada a lume do seu perfil constitucional hodierno.[12]

Por certo, nenhum método de interpretação outorgará, isoladamente, ao intérprete resultado exato do alcance e sentido da norma nem se pode afirmar que existe hierarquia entre os métodos de interpretação. A tradição romano-germânica desenvolveu, contudo, diretrizes que podem ser úteis, como pontilha Luís Barroso:

> Em primeiro lugar, a atuação do intérprete deve conter-se sempre dentro dos limites e possibilidades do texto legal. A interpretação gramatical não poder ser inteiramente desprezada. Assim, por exemplo, entre interpretações possíveis, deve-se optar pela que conduza à compatibilização de uma norma com a Constituição. É a chamada *interpretação conforme a Constituição (v. infra)*. Todavia, não é possível distorcer ou ignorar o sentido das palavras, para chegar a um resultado que delas esteja inteiramente dissociado. Em segundo lugar, os métodos *subjetivos,* como o sistemático e o teleológico, têm preferência sobre o método tido como *subjetivo,* que é o histórico. A análise histórica desempenha um papel secundário, suplementar na revelação do sentido da norma.[13]

Assim sendo, perde força a interpretação literal ou gramatical vazada na obrigatoriedade de manifestação ministerial de mérito tão-somente por ter o legislador utilizado a expressão opinará, a qual soaria, supostamente, como um dever a ser cumprido pelo *Parquet*. Não pode o intérprete utilizar a gramática como barreira para se afastar da realidade que o cerca, no caminho oposto ao ideal de Justiça, como critica Carlos Maximiliano:

> Hoje nenhum cultor do Direito experimenta em primeiro lugar a exegese verbal, por entender atingir a verdade só por esse processo, e, sim, porque necessita preliminarmente saber se as palavras, consideradas como simples fatores da linguagem e por si sós, espelham idéia clara, nítida, precisa, ou se, ao contrário, dão sentido ambíguo, duplo, incerto. Embora não prevaleça o brocardo – *In claris cessat interpretatio,* restringe-se e simplifica-se o trabalho do hermeneuta quando o texto é explícito sobre o caso em apreço.
> O processo gramatical, sobre ser o menos compatível com o progresso, é o mais antigo (único outrora). O apego às palavras é um desses fenômenos que, no Direito como em tudo mais, caracterizam a falta de maturidade do desenvolvimento intelectual.[14]

In casu, o paradigma ministerial da nova Constituição impede que a Instituição permaneça entrincheirada como se fosse mais uma repartição integrante da advocacia pública do Estado. O intérprete deve conferir, assim, a máxima efetividade aos postulados constitucionais que, no caso, criaram um Órgão proativo na defesa dos interesses transindividuais.

---

[11] GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação e aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 132.
[12] MOURA, Millen Castro Medeiros de. A adequação do *custos iuris* ao novo perfil ministerial. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1767, 3 maio 2008. Disponível em http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11242. Acesso em 09/03/2009.
[13] BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 126.
[14] MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 121.

Com autoridade na matéria, esclarece Canotilho:

> Este princípio, também designado por **princípio da eficiência** ou princípio da interpretação efectiva, pode ser formulado da seguinte maneira: uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todos e quaisquer normas constitucionais, e embora sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais.[15]

Lado outro, navegando pelo método histórico de interpretação, o qual, na dicção de Limongi França, avalia as condições de meios e momento da elaboração da norma legal, bem assim as causas pretéritas da solução dada pelo legislador[16], é interessante sublinhar que a própria Exposição de Motivos da legislação em tela aponta a direção a ser tomada pelo Ministério Público, quando se debruçar sobre um processo de mandado de segurança. Observe-se:

> 16. Decorrido o prazo para que o coator preste as informações e a entidade, querendo, apresente a sua defesa, os autos serão encaminhados ao Ministério Público, se a matéria for de interesse público ou social, com o prazo improrrogável de dez dias, para opinar. Em seguida, o processo será concluso, com ou sem parecer, para que o magistrado profira sentença, no prazo de trinta dias (art. 12). Assim, em tese, o julgamento em primeiro grau de jurisdição deverá ocorrer em dois meses a partir do ingresso do impetrante em juízo.[17]

Colocadas tais premissas, constata-se, da acurada interpretação sistemática das atribuições ministeriais e do seu confronto com a novel legislação mandamental, que fica o magistrado autorizado a sentenciar com ou sem parecer ministerial, ou seja, com ou sem análise do mérito, feita pelo fiscal da lei, da questão posta em juízo, fazendo cair por terra, conseqüentemente, a indiscriminada apreciação fiscalizatória do cerne de todos os processos.

O sistema deve ser visto sob uma perspectiva global e não de forma sedimentada, buscando o intérprete harmonizar as possíveis incompatibilidades que se coloquem no seu caminho. Destarte, a análise sistemática das atribuições ministeriais desfecha a questão, assegurando a possibilidade da depuração cognitiva acerca da (des)necessidade do mergulho meritório por parte da Instituição, como expressa José Medina:

> Parece-nos essencial a distinção oriunda da obra de Alessi, já referida, para diferenciar a necessidade de participação do Ministério Público nas causas em que a Fazenda Pública seja parte. Quando a defesa do interesse for meramente patrimonial, estar-se-á perante um *interesse secundário*. Nesta hipótese prevalece o posicionamento do STJ, que disciplina a questão pela Súmula 189: *"É desnecessária a intervenção do Ministério Público nas execuções fiscais"*. Por outro lado, quando se tratar de interesse primário, a participação será essencial.[18]

Com efeito, o parecer abordando o mérito do *mandamus* somente se evidencia cabível quando postos em discussão interesses sociais e individuais indisponíveis, moldura constitucional que norteia a atuação do *Parquet.* Dessa maneira, evita-se o entrave institucional que seria causado com a manifestação meritória em milhares de casos sem alcance social, simplesmente, por terem sido manejados pela via mandamental, subvertendo a ordem jurídica vigente, como reforça Emerson Garcia:

> Parece evidente que a mera ilegalidade do ato não é suficiente para justificar a intervenção do Ministério Público, isto sob pena de a Instituição ser obrigada a atuar em todo e qualquer processo judicial. Não bastante isto, seria de todo incoerente defender que, após o decurso do lapso decadencial de 120 (cento e vinte) dias para a impetração do mandado de segurança, o mesmo direito, acaso defendido pelas vias ordinárias, dispensaria a intervenção do Ministério Público. Afinal, o que define a necessidade de intervenção do Ministério Público? O rito seguido ou a natureza do interesse que se pretende tutelar?[19]

---

[15] CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1.097.
[16] FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica jurídica.* 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 24.
[17] BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova lei do mandado de segurança.* São Paulo: Saraiva, 2009, p. 173.
[18] MEDINA, José Miguel Garcia. *Mandado de segurança individual e coletivo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 154.
[19] GARCIA, Emerson. *Ministério público: organização, atribuições e regime Jurídico.* 3. ed. Rio de Janeiro, 2008, p.336.

No mesmo trilhar, caminha Hugo Mazzilli:

> É indispensável ter em conta o atual perfil constitucional do Ministério Público e recusar sua intervenção em hipóteses em que, embora exigidas pelo ordenamento jurídico anterior, tal intervenção não mais se justifique, como no processo para avaliação de renda e prejuízos decorrentes de autorização para pesquisa mineral (Dec-lei n. 227/67), ou em mandados de segurança ou procedimentos de jurisdição voluntária que não envolvam questões de efetivo interesse social. [...] a jurisprudência e a doutrina têm entendido necessário que, nessas hipóteses, o Ministério Público concilie sua atuação com a efetiva defesa de interesses sociais. Assim, deve o Ministério Público intervir nos procedimentos de jurisdição voluntária quando haja incapazes ou questão de estado; deve defender interesses individuais homogêneos quando tenham suficiente expressão para a coletividade. [...] Tomemos outro exemplo. Menciona a lei a necessidade de intervenção do Ministério Público nas ações de usucapião de bem imóvel; entretanto, visando a adequar a atuação à sua destinação institucional, tem-se entendido que ele só deva oficiar neste tipo de ação quando estiverem em jogo interesses sociais ou individuais indisponíveis. Em face da nova gama de atribuições do Ministério Público, a ele conferidas na Constituição de 1988, é necessário, pois, repensar sua atuação na esfera civil, dando enfoque à expressão social do interesse controvertido.[20]

Numa leitura com os olhos voltados para a Carta Política, infere-se que o Órgão de Execução deve tomar conhecimento do pedido de Segurança para, numa análise inicial, verificar se há necessidade de algum pronunciamento de mérito e, em sendo tal juízo positivo, manifestar-se apenas sobre os interesses sociais ou individuais indisponíveis em discussão.

Por conseguinte, não havendo qualquer tipo de interesse social ou individual indisponível em jogo, a justificar a efetiva intervenção ministerial, deve o representante do Ministério Público, desempenhando verdadeiro dever ético-funcional, abster-se, fundamentadamente, de opinar nesses feitos, como sobreleva Sérgio Ferraz:

> Lemos, recentemente, parecer (ao que saibamos, inédito), lançado em 14.3.2003 pelo Promotor de Justiça em Mogi da Cruzes, Dr. Fernando Oliveira de Castro (no MS 02/03, da 2ª Vara Cível de Mogi das Cruzes), preconizando que o Ministério Público só deva intervir em mandado de segurança, após a constituição de 1988, em caráter excepcional, quando se vislumbrar, na discussão, relevante interesse social, meta-individual.[21]

Outro não é posicionamento de Jairo Moreira:

> Antes da Constituição Federal de 1988, a jurisprudência sempre direcionava para a obrigatória intervenção do Ministério Público no mandado de segurança, sob pena de nulidade. Atualmente, tal cenário apresenta-se modificado.
> [...]
> Conclui-se, portanto, que o Ministério Público somente deverá intervir no tocante ao mérito, analisado caso a caso, se o mandado de segurança envolver algum dos fundamentos que justificam o agir institucional consoante sua função constitucionalmente prevista.[22]

Neste diapasão, têm se manifestado os Tribunais e o Conselho Nacional do Ministério Público:

> A orientação jurisprudencial desta e. Corte superior firmou-se no sentido de que a participação do Ministério Público nas ações de mandado de segurança é obrigatória (art. 10 da Lei 1.533/51). II – Entendimento jurisprudencial mais recente informa que, mesmo nessas hipóteses, há de ser sopesada, no caso concreto, a existência de efetivo prejuízo, em homenagem ao princípio da instrumentalidade das formas. Precedentes do STJ. III – Na hipótese, intimado a se manifestar perante o e. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, o representante do Ministério Público Federal apresentou parecer no qual afirmou que não havia interesse indisponível a ser tutelado no presente *mandamus*. Nesse contexto, garantida a participação do Ministério Público e ante a inexistência de prejuízo, afasta-se a preliminar de nulidade do v. acórdão recorrido.[23]

---

[20] MAZZILLI, Hugo Nigro Mazzili. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 79-80.
[21] FERRAZ, Sérgio. *Mandado de segurança*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 304.
[22] MOREIRA, Jairo Cruz. *A intervenção do ministério público no processo civil à luz da constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 176-179.
[23] STJ, 5ª T., ROMS nº 20498/MG, rel. Min. Felix Fischer, DJU 15.10.2007, p. 00296.

> **AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE INTERESSE PÚBLICO. DESNECESSIDADE DE EXAME DO MÉRITO.** 1. Nas ações de mandado de segurança, é obrigatória a intimação do Ministério Público, forte no que dispõe o art. 10 da Lei 1.533/51, sob pena de nulidade do processo. 2. O representante do Ministério Público, entretanto, não está obrigado a opinar sobre o mérito da causa, naquelas ações em que não se evidencie a presença de interesse público a justificar a intervenção do *parquet*.[24]
>
> Essa matéria é extremamente controvertida, pois tanto a doutrina como a jurisprudência atual, admitem a necessidade que realize uma nova interpretação do art. 10 da Lei n. 1533/51, que prevê, indiscriminadamente, a participação do Ministério Público em todos os processos de Mandado de Segurança, adequando-a a Constituição Federal de 1988 que, nos seus artigos 127 e 129, condicionou a atribuição ministerial, tanto no âmbito judicial como extrajudicial, à existência de interesses sociais ou individuais indisponíveis.[25]

Por fim, não se deve perder de vista que impera, a divergência de posicionamento entre os Ministérios Públicos dos Estados[26] e o da União[27], predominando o entendimento de que é obrigatória a efetiva manifestação de mérito dos membros do Ministério Público nas ações de mandado de segurança, sob pena de processo administrativo disciplinar[28], postura desconectada, *data maxima venia*, do modelo ministerial formatado pela nova ordem constitucional.

Adotando-se tal entendimento, chegar-se-ia, *permissa venia,* a inusitada situação em que, optando a parte pela via mandamental para defender seu direito, haveria exigência do pronunciamento do Promotor de Justiça, ao passo que, preferindo o procedimento ordinário para o mesmo objeto, a manifestação ministerial tornar-se-ia dispensável, como se o interesse público dependesse do rito procedimental escolhido.

V. Conclusões

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

1. É desnecessária a manifestação ministerial meritória em sede de mandado de segurança que não discuta interesse social relevante ou individual indisponível;

2. Intocada fica a vista pessoal dos autos, a fim de que o Órgão de Execução possa avaliar, em cada caso concreto, a pertinência ou não de sua intervenção;

3. Constada eventual violação à Lei de Improbidade Administrativa, quando da análise pessoal dos autos pelo Ministério Público, deverão ser adotadas as providências cabíveis para a competente apuração.

---

[24] TRF 4ª Região, 1ª T., Agr. de Inst. nº 1999.04.01.128755-6/SC, rel. Juíza Federal Lucina Amaral Corrêa, j. em 13.12.01.

[25] CNMP, Proc. Nº 0.00.000.000022/2005-92, rel. Conselheiro Osmar Machado Fernandes, DJ 21.10.05, p. 574.

[26] Aquilatando entendimento conforme a Constituição, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios garante que cada o Órgão de Execução avalie, caso a caso, a existência ou não da pertinência da intervenção ministerial no mandado de segurança, nos termos da Resolução nº 087/2008 do seu respectivo Conselho Superior.

[27] Com pensamento de vanguarda, o então Procurador-Geral da República, o Dr. Cláudio Fonteles, posicionou-se, no Proc. PGR nº 6599/2003-91, da seguinte forma: "Ementa: 1. O Ministério Público na ação mandamental não tem o dever de, sempre, enfrentar o mérito da controvérsia: considerações. 2. Deve, sim, manifestar-se sempre, **e motivadamente**, em juízo necessariamente prévio, sobre se a demanda posta significa controvérsia sobre interesse social, ou individual, **indisponível, ou não. Negada** a presença do interesse indisponível, o feito segue **sem** a sua intervenção, restringindo-se a ***res in iudicium deducta* a litígio estrito entre os que postulam."**

[28] Este é o entendimento sufragado na Resolução nº 010/2003 do Egrégio Colégio de Procuradores de Justiça do Estado da Bahia.

043

A INTERAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO COM A SOCIEDADE E A CONSTRUÇÃO DO PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO INSTITUCIONAL

Alexey Choi Caruncho* **e Márcio Soares Berclaz****

Promotores de Justiça/PR

Síntese dogmática

O perfil do Ministério Público inaugurado pela Constituição da República de 1988 exige reengenharia de estrutura e definição de um planejamento institucional capaz de repercutir tanto no âmbito orgânico interno como, sobretudo, nas relações que a Instituição possui com a sociedade civil, já que a destinatária única de suas atuações. Para que esta segunda tarefa seja realizada a contento e com suficiente legitimidade, porém, fundamental que haja maior grau de entrosamento e integração entre Ministério Público e Sociedade, atores que ainda não se conhecem adequada e reciprocamente. Sustenta-se assim que o planejamento estratégico democrático não pode ser discutido e pensado apenas no limitado âmbito interno, mas deve também ser construído e influenciado a partir da disponibilização e do aproveitamento de *espaços* e de *instrumentos* capazes de permitir uma maior interação entre a Instituição e a Sociedade, iniciativa apta a fortalecer a todos nessa complexa missão comum de concretização do Estado Democrático de Direito.

Introdução

No atual estágio dos Estados Democráticos de Direito não parece ser mais admissível que os anseios legítimos da sociedade civil não coincidam com as deliberações e o posicionamento adotados por seus representantes. Não raro, porém, as intervenções (ou omissões) de cunho legislativo são consumadas em aparente dissonância com os desejos e expectativas sociais, situação que estabelece uma verdadeira crise de representatividade, divergência que, se por um lado pode ter origem num traço cultural e comportamental não devidamente compreendido ou assimilado, por outro pode refletir verdadeira falta de sintonia e integração entre o Parlamento e o desejo do seu povo, frustração prejudicial à democracia.

Com a Constituição da República de 1988 não é diferente. Diversas são as previsões constitucionais que, ainda hoje, enfrentam dificuldade de concretude[1]. No que ora nos interessa, ganha especial relevo a dificuldade de assimilação no âmbito do serviço público da alteração trazida pela Emenda Constitucional nº 19/1998 que incluiu, no âmbito do poder público, o chamado **princípio da eficiência** (CR, art. 37, "caput"). Não obstante o limite terminológico dessa expressão seja capaz de reduzi-la a uma mera escolha de fins e meios – passível de ser cooptada e distorcida por uma visão neoliberal da teoria da Análise Econômica do Direito[2] –, precisa ser compreendida como busca precípua de efetividade e eficácia na execução de políticas públicas para melhor atendimento da população no cumprimento dos objetivos e das escolhas da Constituição.

* Promotor de Justiça, titularizado na Promotoria de Justiça de Reserva/PR. Rua Paulino Ferreira e Silva, nº 778, Centro – Reserva/PR – CEP 84320-000. Fone: 42-3276-1466 / 44-9977-7447. E-mail: alexeysp@ig.com.br.

** Promotor de Justiça, titularizado na Promotoria de Justiça de Formosa do Oeste/PR. Avenida Brasília, nº 66, Centro – Formosa do Oeste/PR – CEP 85830-000. Fone: 44-3526-2049 / 44-9137-8255. E-mail: marcioberclaz@terra.com.br.

[1] Neste particular, são exemplos as acirradas e recentes discussões em torno das alterações trazidas pela indevidamente chamada Reforma do Processo Penal (Leis nº 11.689/08, 11.690/08 e 11.719/08), que, na verdade, nada mais representam do que reflexos de princípios constitucionais há muito inseridos no direito criminal pátrio.

[2] A advertência aqui é de Alexandre Morais da Rosa e José Manuel Aroso Linhares (*In* Diálogos com a Law & Economics. 1. ed. Lúmen Júris. Rio de Janeiro: 2009).

Feita essa ressalva, fato é que mais de dez anos se passaram e, embora ainda não tenha havido a concretude do princípio na sua inteireza, evidente reconhecer que os seus reflexos vêm sendo sentidos (e resistidos) desde então. Neste aspecto, tanto a Lei nº 8.492/92 (Lei de Improbidade Administrativa) quanto a Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) talvez sejam os melhores exemplos de diplomas que combinam a busca necessária pela eficiência com a possibilidade de responsabilização.

É justamente nesse contexto que se tornou comum a discussão sobre a necessidade de elaboração de **planejamentos institucionais** por Poderes e Instituições públicas.

Especificamente no que toca à Instituição ministerial, desde o importante marco da criação do Conselho Nacional do Ministério Público pela Emenda Constitucional nº 45/2004, a expressão planejamento assumiu nítidos contornos normativos, seja por força da implícita previsão constitucional trazida no inciso II do parágrafo 2º do artigo 130-A[3], seja pela explícita norma trazida no artigo 129 do Regimento Interno de tal Órgão[4]. O que se colhe hoje, portanto, é tão somente a conseqüência de um contexto inaugurado pela Emenda Constitucional nº 19/1998.

Todavia, apesar de muito se falar sobre planejamento – estratégico, institucional, de gestão –, fato é que ainda não se tem uma correta identificação do conteúdo que o mesmo deva apresentar no âmbito ministerial. De fato, sendo o Ministério Público órgão constitucionalmente legitimado para representar os interesses da sociedade, não parece correto que a elaboração de um planejamento institucional ignore o que a parte representada (a Sociedade) almeja e espera do órgão ministerial. Na elaboração do planejamento estratégico é fundamental inserir a Sociedade como elemento principal desta equação.

O que se indaga, porém, é até que ponto o Ministério Público conhece essa Sociedade a qual representa. Ou até que ponto a representada têm informação, consciência e discernimento sobre as atribuições do representante. No âmago dessas indagações uma conclusão parece fundamental: a elaboração de um planejamento no âmbito ministerial deve levar em conta a necessidade de aproximar distâncias e diminuir o desconhecimento por vezes recíproco entre Sociedade e Ministério Público. Querendo o planejamento estratégico constituir relevante documento para permitir maior aperfeiçoamento da missão constitucional e social do Ministério Público, fundamental que a construção destas idéias permitam maior interlocução e sinergia entre a Instituição e a sociedade civil, com o que já se terá dado importante passo para o crescimento e fortalecimento institucional.

Enquanto a Sociedade não reconhecer e souber de modo adequado o que seu "representante" (Ministério Público) faz, dificultada estará não só a ação da Instituição como, sobretudo, a possibilidade do seu crescimento. Mais do que isso, o risco deste distanciamento é que equivocadamente possa o corpo social pensar na necessidade de buscar "outro" substituto para nele projetar o que pode e deve ver exigido do *Parquet*. Sempre atual, neste ponto, o alerta de MAZZILLI realizado no ano de 2000:

> "sem maior respaldo social (legitimação) e sem um trabalho bem feito e produtivo, em todos os setores da atuação ministerial, se o próprio Ministério Público não tomar a frente na sua reforma destinada a mudar sua face e sua atuação, será inevitável que a própria sociedade faça aos poucos suas próprias mudanças".[5]

Identificar o contexto justificador da necessidade do planejar, discutir democrática e horizontalmente suas premissas e direções estruturais e, sobretudo, desenhar espaços e instrumentos voltados à captação criativa das legítimas expectativas e demandas da Sociedade frente à eficiência que se exige do Estado no cumprimento de suas atividades para assegurar melhores condições de vida em comunidade, esses alguns dos importantes elementos que compõem um planejamento estratégico institucional ideal, capaz não só de aprimorar o funcionamento e o aperfeiçoamento das atividades finalísticas do Ministério Público como, outrossim, aproximá-lo de modo efetivo e interativo do corpo social, decisivo *ponto de mutação* (CAPRA, 1983) para a implementação do perfil (e da legitimidade) constitucional da Instituição.

---

[3] "**Art. 130-A.** O Conselho Nacional do Ministério Público compõe-se de quatorze membros nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, para um mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo: (...) §2º Compete ao Conselho Nacional do Ministério Público o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabendo-lhe: (...) II - zelar pela observância do art. 37 (,,,)."

[4] "**Art. 129.** O Plenário do Conselho promoverá permanentemente o planejamento estratégico do Ministério Público nacional, que consistirá em: I - definir e fixar, com a participação dos órgãos do Ministério Público, podendo ser ouvidas as associações nacionais de classe, os planos de metas e os programas de avaliação institucional do Ministério Público, visando ao aumento da eficiência, à racionalização e à produtividade; II - produzir diagnósticos, estudos e avaliação de gestão dos diversos ramos do Ministério Público, visando à sua modernização, desburocratização e eficiência; III - determinar e estimular o desenvolvimento de programas de aperfeiçoamento da gestão administrativa e financeira dos órgãos do Ministério Público, estabelecendo metas; IV - coordenar a implantação de políticas institucionais."

[5] MAZZILLI, Hugo, Propostas de um novo Ministério Público. *In* Justitia, vols. 189/192, p.282, <http://www.revistajustitia.com.br>, acesso em julho.2008

1. A Sociedade pós-moderna, o Estado e o Ministério Público

Vivemos em uma Sociedade pós-moderna que, muito embora tenha alcançado um estágio bastante avançado de aparente aprimoramento científico, tecnológico e comunicacional, encontra-se ameaçada pelos próprios riscos criados ou incrementados por esse estágio de "desenvolvimento", quando não por um grande receio de "desumanização" e *diluição de valores* (BAUMAN)[6], muito embora essa não seja a consciência e percepção geral dominante. De fato, a leitura inicial imatura, permeada de otimismo sobre os benefícios deste estágio civilizatório está sendo gradualmente substituída pela assimilação de preocupação crítica sobre os perigos, riscos e danos que esta forma viciada de relacionamento e convivência pode causar à própria existência humana (BECK)[7]. É chegada a hora de o homem pós-moderno (re)discutir sua *identidade* e sua posição relacional e fenomenológica com o mundo a partir da necessidade de ressignificar os sentidos e valores de suas Instituições (família, escola, trabalho, religião, poderes, etc.), problemática não raras vezes impregnada de excessiva preocupação individualista, desvinculada da percepção da Sociedade como grupo interacional e conflitual de convivência.

Tal atmosfera de desigualdade e insegurança fez com que a população passasse a cobrar cada vez mais do Estado um maior protagonismo e efetividade no cumprimento do seu papel de oferecer *instrumentos* capazes de facilitar e melhorar a convivência harmônica em Sociedade, sem embargo desses instrumentos, não raras vezes, apresentarem traços puramente simbólicos que não se traduzem em benefícios sociais.

Nesse campo social de expectativas complexas e de relações verdadeiramente massificadas, dentro de uma multiplicidade de problemas de ordem coletiva, agindo o Estado por intermédio de seus Poderes, Agentes e Instituições, fica fácil perceber a razão e a necessidade de se (re)discutir as funções e os papéis de cada um dos Poderes da Republica na implementação dos direitos e objetivos prometidos pela Constituição.

Na tensão do jogo democrático, na luta permanente pela promoção de direitos e cumprimento dos deveres outorgados pela Constituição ao Estado, é imperativo (re)discutir e estabelecer sujeitos e Instituições capazes de resgatar as promessas de cidadanias e direitos destituídas de concretude e observância.

É justamente neste quadro que ganha relevo as atribuições que foram afetas ao Ministério Público brasileiro. Daí se ter como premissa que um dos pressupostos para o satisfatório cumprimento deste mandato haverá de passar não apenas pela necessidade de uma adequada coordenação e organização de atividades, mas, sobretudo, pelo conhecimento, interação e sintonia de interlocução entre o Ministério Público e a Sociedade por ele representada.

Pesquisas de opinião recentes dão mostras do quanto se esta aquém do exigido. A título de exemplo, em 2004 já se informava que 43% dos entrevistados conheciam o Ministério Público "só de ouvir falar", sendo que apenas ínfimos e incríveis 06% afirmaram o "conhecer bem"[8]. De outro lado, se o público alvo da pesquisa fosse constituído por integrantes da Instituição e o objeto da pesquisa indagasse a respeito do conhecimento científico e empírico da realidade social sobre a qual atuam, não seria arriscado dizer que essa perigosa tendência pouco se modificaria. Os números são impactantes, as impressões são preocupantes e ambos elementos combinados traduzem a necessidade da descoberta de um novo direcionamento para melhorar este estado de coisas.

Não por acaso o Conselho Nacional do Ministério Público, no relatório anual de atividades do ano de 2008, manifestou preocupação com o a necessidade de "fortalecimento, eficácia, visibilidade, compartilhamento de objetivos e a definição de estratégias necessárias à modernização do Ministério Público brasileiro, por intermédio de ações planejadas e coordenadas, assim como de reestruturação e estabelecimento de mecanismos de interação com a sociedade"[9].

É dizer, sendo o Ministério Público o porta-voz e verdadeiro *ombudsman* da Sociedade, parece evidente que seus membros devam conhecer a realidade dos problemas sociais contra os quais devem lutar em busca de soluções eficientes para o atingimento do bem comum e da paz social. Da mesma forma, na era da informação, crucial que a Sociedade esteja habilitada e minimamente informada sobre o que exatamente pode esperar e provocar das atribuições do Ministério Público no seu perfil constitucional.

Justamente aí reside a importância de se tratar do tema do planejamento estratégico e institucional do Ministério Público como instrumento poderoso e decisivo para permitir o aperfeiçoamento da Instituição no cumprimento do seu papel institucional, o que se faz não apenas mediante o aprimoramento e otimização dos recursos humanos e materiais internos, mas, principalmente, com o estabelecimento de uma pauta de interlocução e atuação calcada na possibilidade de construção de um campo de interação e integração com a Sociedade.

2. A identidade constitucional do Ministério Público e o planejamento estratégico institucional

É fato que a Constituição de 1988 definiu funções atuais do Ministério Público muito além da mera atuação de cunho processual. Em verdade, o que se assiste é um enorme acúmulo de atribuições pelos membros da

---

[6] BAUMAN, Zigmunt. Medo líquido. Jorge Zahar Editor, 2006.

[7] BECK, U., *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad.* Editora Paidós, Barcelona, 2002.

[8] CONAMP, Associação Nacional dos Membros do Ministério Púbico. *Pesquisa sobre o Ministério Público no Brasil – pesquisa de opinião realizada pelo Ibope em fevereiro de 2004.* Rio de Janeiro, 2004, p.64.

[9] Fonte: Relatório Anual das Atividades de 2008 do CNMP. Disponível em <http://www.cnmp.gov.br/>, acesso setembro.2009.

Instituição, situação agravada por ser cada vez mais comum que novos diplomas legais atribuam ao Ministério Público um novo plexo de funções. Tudo por força de uma previsão constitucional de amplitude excepcional trazida no "caput" do artigo 127 da Carta, ao estabelecer que incumbe à Instituição "a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis".

Se este novo perfil de atribuições veio em boa hora, é forçoso reconhecer que este cenário intensifica a cautela e a necessidade da Instituição planejar e organizar suas atividades judiciais e, principalmente, extrajudiciais, a partir da elaboração de um programa com prioridades definidas, se preciso racionalizando a atuação burocrático-processual. De fato, havendo muito a ser feito e, em contrapartida, não existindo todos os meios que seriam necessários, não resta alternativa a não ser olhar para o quadro da realidade e priorizar o que de mais importante e crucial precisa ser feito. Daí a importância da reflexão e do planejamento.

Hoje, portanto, resta nítido que este perfil constitucional do Ministério Público fez com que a Instituição, em curto espaço de tempo, assumisse funções eminentemente voltadas à defesa dos interesses coletivos, emergindo uma atuação que, não raras vezes, a par de mostrar o valioso caráter preventivo e resolutor de conflitos, prescinde da fase processual. Neste sentido, são exemplos cotidianos os termos de ajustamento de conduta, as recomendações e as próprias audiências públicas.

É justamente a partir deste desenho constitucional que o Ministério Público está legitimado (e por isso deve ser cobrado) a protagonizar o papel de principal protetor dos direitos humanos e liberdades fundamentais, situação que, ao mesmo tempo em que lhe confere destaque, exige eficiente resposta, já que diretamente relacionada à transformação positiva e progressista da realidade social.

Ocorre que, decorridos 20 anos da Carta da República, não obstante os relevantes serviços pretéritos e atuais do Ministério Público à Sociedade, ainda são visíveis as dificuldades enfrentadas pela Instituição no cumprimento da missão e no exercício dessa nova identidade constitucional. Há verdadeiro estado de dificuldade na transição do antigo para o atual modelo.

Não obstante os avanços e aperfeiçoamentos já produzidos e experimentados gradualmente ao longo desse período, não resta dúvida de que a estrutura administrativa ainda vigente e predominantemente adotada privilegia um foco de atuação judicial. A realidade demonstra, porém, que o Ministério Público brasileiro, ao dedicar excessiva atenção a uma atuação formal e burocrática, vinculada parametricamente à organização do Poder Judiciário, ainda vivencia uma efetiva *crise de identidade* que tem lhe consumido força e energia necessárias para o cumprimento mais eficiente e proativo do papel constitucional que lhe fora entregue, o qual exige aproximação e interlocução permanente com a Sociedade.

Agrava esse quadro a ausência da previsão de programas, metas e prioridades no atendimento das múltiplas e resolutivas formas de atuação extrajudicial do Ministério Público na defesa dos interesses coletivos. Nesse contexto, percebe-se que a Instituição, de modo geral, caminha com dificuldades de padronização e sistematização de suas ações e instrumentos resolutivos, tanto no aspecto quantitativo quanto qualitativo.

A propósito, recente diagnóstico do Ministério Público brasileiro identificou que a falta e/ou deficiência de planejamento estratégico institucional tem dificultado, quando não impossibilitado, a definição democrática de *metas* e *indicadores* uniformes em todos os níveis[10]. Tal situação impossibilita uma correta avaliação da Instituição e dos seus programas e projetos, o que por sua vez impede a aferição do resultado e do impacto produzido pelas atuações concretas dos agentes ministeriais.

Fato é, entretanto, que o alargamento das funções extrajudiciais é cada vez maior, sendo freqüentes, na atualidade, inclusive discussões relacionadas à intervenção ministerial na definição de políticas publicas estatais. Ressaltando a legitimidade constitucional para tanto, valioso tomar de empréstimo os destaques feitos por Patrícia Villela ao coordenar excepcional obra sobre o tema:

> "(...) importa em desprezo ao texto constitucional descansarmos sobre a repetida – e traiçoeira – assertiva de que as escolhas das políticas públicas a serem implantadas se concentram integral e em última instância nas mãos do Poder Executivo, que as ditará seguindo o critério da conveniência e oportunidade, por ser considerado um centro de decisão autônomo e homogêneo. Isto porque, a nossa Lei Maior não só assinalou que muitas políticas públicas concretizam direitos fundamentais – indisponíveis pela sua natureza – como vocacionou o Ministério Público como órgão guardião da sociedade, incumbido da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Dito de outro modo, as promessas emancipatórias inscritas na Constituição da República de 1988 não vinculam apenas as esferas legislativa, administrativa e judiciária. O *Parquet* conta com legitimidade constitucional para figurar como ente atuante no campo da implantação das políticas públicas, fomentando, intermediando, controlando e jurisdicionalizando controvérsias."[11]

[10] CONAMP, Associação Nacional dos Membros do Ministério Púbico. *Pesquisa sobre o Ministério Público no Brasil – pesquisa de opinião realizada pelo Ibope em fevereiro de 2004*. Rio de Janeiro, 2004.

[11] VILLELA, Patrícia (coord.). *Ministério Público e Políticas Públicas*. Lúmen Júris. Rio de Janeiro, 2009, vii.

Tudo está a indicar, portanto, a necessidade de o Ministério Público assumir e transcender essa mutação enquanto *sujeito de transformação social*. Ocorre que, muito embora tal mutação seja necessária, a Instituição vive um paradoxo: almeja e aceita toda nova atribuição que lhe é entregue – afinal, decorrente de um mandamento constitucional –, mas no seu âmago tem absoluta ciência da sua incapacidade de bem exercitar essas novas atribuições. Este paradoxo traz o risco de a Instituição, em pouco tempo, perder a credibilidade há muito conquistada junto à Sociedade[12].

Daí a imprescindível reengenharia referida. Uma reengenharia institucional a partir de um planejamento estratégico, oportunizando a reflexão e o enfrentamento de questões voltadas à otimização dos serviços prestados, à regionalização de atividades, à reestruturação humana com foco nos serviços técnicos e auxiliares e, ainda, à racionalização da intervenção ministerial – a qual envolve a filtragem constitucional da manutenção (ou não) de certas atribuições prévias à Constituição, cuja recepção é posta em dúvida especialmente no âmbito cível[13].

No enfrentamento de tais questões, além de ampla e democrática discussão no âmbito interno da Instituição, é imprescindível aumentar a interlocução e a participação da sociedade civil, num processo capaz de propiciar não só aumento da legitimidade como a devida emancipação da consciência de cidadania. Ao mesmo tempo em que a defesa intransigente da Constituição faz com que o Ministério Público colecione adversários e desafetos, tem-se aí mais um motivo para que a intervenção ministerial seja medida, avaliada e controlada a partir do atendimento satisfatório (ou não) dos reais interesses sociais. Até porque, é ao corpo social que o Ministério Público, enquanto Instituição que defende a transparência, precisa prestar contas. De modo que, na atualidade, não é mais admissível ignorar-se que os programas, os planos e as metas ministeriais devem encontrar respaldo nos anseios da Sociedade.

Desta forma, para uma Instituição que fiscaliza todos os demais Poderes e não raras vezes sofre de efetivo isolamento na busca de fazer cumprir as escolhas constitucionais, atuando sempre em defesa da Sociedade e dos seus direitos humanos e liberdades fundamentais, só mesmo a paulatina e necessária aproximação do Ministério Público com o tecido social lhe emprestará legitimidade e força suficiente para otimizar suas qualidades e reduzir o impacto de suas inevitáveis limitações e deficiências.

O que se tem, assim, é que seja qual for o planejamento que se pretenda adotar, parece fundamental partir-se da premissa de que não só os membros ministeriais como, sobretudo, a Sociedade deverá ser ouvida. Senão de forma direta e imediata, no mínimo, deverá a Instituição procurar identificar quais os atuais anseios do corpo social por ela representado[14]. Tudo com o fim de evitar o risco de, uma vez mais, afugentar àquela que deve ser tida como sua principal parceira: a Sociedade, destinatária única das atuações ministeriais.

3. Instrumentos voltados à captação das expectativas da Sociedade com aptidão de interferir na construção do planejamento estratégico institucional

Fixada como premissa que o atual perfil constitucional do Ministério Público exige a realização de atribuições extrajudiciais voltadas à coletividade, muitas serão as formas e instrumentos de realização desse desiderato. Recomendar medidas, oficiar pugnando por esclarecimentos e providências, ajustar condutas, bem como fortalecer e empoderar espaços de reunião e construção da democracia participativa são, certamente, importantes instrumentos desta atuação ministerial resolutiva e preocupada com a atenção dos direitos constitucionalmente assegurados. É forçoso reconhecer, entretanto, que, embora valiosas, tais possibilidades nem sempre possibilitam uma efetiva integração com a Sociedade.

De fato, não se desconhece que a audiência pública, por exemplo, é importante instrumento a ser utilizado com a finalidade de se identificar os anseios do corpo social. Quando em discussão questões de âmbito regional ou local, realmente, acredita-se que a realização de uma audiência constitua-se em excepcional ferramenta de fortalecimento e apoderamento do elo entre o Ministério Público e a Sociedade.

A complexidade de algumas aspirações sociais, porém, não raras vezes, tem demonstrado que esta alternativa não basta, seja pela amplitude do objeto (questões que extrapolam o âmbito regional), seja pela eventual perda de objetividade e concretude de suas ações, máxime porque, da mesma forma que o Ministério Público precisa estar capacitado e organizado para propiciar este espaço de encontro, também a Sociedade precisa ter maior costume, informação e consciência da importância da cidadania e do controle social.

---

[12] Cite-se pesquisa de opinião realizada no ano de 2004, abrangendo as cinco regiões do país, na qual o Ministério Público figurou em quarto no ranking das instituições com maior credibilidade junto à sociedade, sendo preterido pela Igreja Católica, pelas Forças Armadas e pela Imprensa (CONAMP, Associação Nacional dos Membros do Ministério Púbico. *Pesquisa sobre o Ministério Público no Brasil – pesquisa de opinião realizada pelo Ibope em fevereiro de 2004*. Rio de Janeiro, 2004).

[13] Especificamente com relação à racionalização da intervenção civil do Ministério Público tivemos a oportunidade de tratar *in A Intervenção Cível do Ministério Público a partir da Constituição da República: uma reflexão necessária* (CARUNCHO, Alexey Choi; FARIAS, Alexandre Ramalho de. APMP Revista, v. Ano II, p. 24-29, 2008).

[14] Instrumentos para tanto não lhe faltam, ganhando destaque o papel que pode ser exercido pelas audiências públicas, que correspondem a momentos únicos em que a Instituição e a Sociedade realmente interagem de forma positiva.

Diante desta dificuldade, é fundamental que o Ministério Público se aproxime da Sociedade, aproveitando todos os espaços disponíveis para tanto (reuniões comunitárias, reuniões de conselhos sociais, participação em conferências, diferenciada orientação e atendimento ao público).

Deve o Agente Ministerial, ainda, criar outros ambientes capazes de propiciar uma verdadeira "busca ativa", a qual possa permitir a extração das carências e das necessidades sociais, o que poderá ser feito, inclusive, a partir do manejo adequado de estatísticas e pesquisas científicas elaboradas.

Mostra-se, ainda, como uma ferramenta relevante a criação e o aprimoramento das Ouvidorias do Ministério Público, espaços permanentes de diálogo e escuta da Sociedade, já que, conforme reconhecido pelo Conselho Nacional do Ministério Público, "tal implementação permitirá uma maior interação do órgão do Ministério Público com a sociedade em geral, ampliando o acesso dos cidadãos às atividades deste Conselho"[15].

Pois bem, afora esses valiosos instrumentos e formas de atuar extrajudicialmente, ao invés de tentarmos identificar um outro *instrumento* por meio do qual a Sociedade pudesse se aproximar da Instituição, ousamos sugerir a realização do caminho inverso. É dizer, ousamos sugerir que o Ministério Público se aproxime da Sociedade e procure verificar se, na atualidade, esta já não teria elencado algumas prioridades que almeja sejam alcançadas.

Ao realizarmos tal exercício, chegaremos à conclusão inevitável de que, de fato, a Sociedade há muito já teria pactuado algumas aspirações comuns e universais. Melhor. Verificaremos que tais aspirações foram pactuadas com o fim de "dar efetividade aos direitos humanos".

Referimo-nos aos chamados Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM's), verdadeiros desdobramentos da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Com efeito, no ano de 2000 houve a realização da Cúpula do Milênio pela Organização das Nações Unidas[16] que, com base nos ideais da Declaração Universal dos Direitos Humanos, gerou a formalização de um pacto internacional voltado ao compromisso em torno de um *plano global e prático*, baseado em *metas* que visam dar efetividade aos direitos humanos e reduzir a pobreza até o ano de 2015: os 08 (oito) Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, que se consubstanciam em:

– acabar com a fome a miséria;
– proporcionar educação básica de qualidade a todos;
– proporcionar igualdade entre os sexos e a valorização da mulher;
– reduzir a mortalidade infantil;
– melhorar a saúde das gestantes;
– combater a AIDS, a malária e outras doenças;
– proporcionar qualidade de vida e respeito ao meio ambiente;
– viabilizar que todos trabalhem para o desenvolvimento.

Embora alguns desses 08 Objetivos sejam dotados de peculiar especificidade, certo é que os mesmos estão diretamente relacionados com os Objetivos Fundamentais da Republica Federativa do Brasil, previstos no artigo 3º da atual Constituição. Esses (objetivos fundamentais), por sua vez, consubstanciam-se em *metas* que devem ser atingidas pelo Estado brasileiro, tendo o constituinte deixado explícito o que há de mais relevante, prioritário e impostergável ao nosso projeto enquanto nação.

O que se percebe a partir daí é que os objetivos de desenvolvimento do milênio, antes de serem vazias e unilaterais imposições internacionais, antes de serem simbólicas e transitórias *metas de Governo*, têm legitimidade e pertinência para assumirem a condição de *metas do Estado brasileiro* que, como tais, hão de se aplicar e serem respeitadas por todos os Poderes e Instituições do Estado e da Sociedade, aí incluído o Ministério Público, já que lhe compete promover e proteger os direitos humanos e as liberdades fundamentais em todas as suas dimensões.

De fato, sendo o Ministério Público brasileiro órgão de extração constitucional vinculado à representatividade e defesa da sociedade civil na condição de promotor e protetor dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, mostra-se evidente que há um ponto de contato entre a efetividade aos direitos humanos (almejada pela Sociedade), o cumprimento dos objetivos do milênio (igualmente almejado pela Sociedade) e as funções ministeriais.

Assim, uma vez estando a Instituição na busca de instrumentos que permitam avaliar e compreender a natureza dos desejos e expectativas sociais, além da audiência pública, da utilização e criação de novos espaços de democracia participativa, do estudo de índices, pesquisas e estatísticas de cunho científico que permitam amostragem das necessidades e carências sociais, sustenta-se que os *objetivos de desenvolvimento do milênio* também sejam levados em consideração nesse processo de reengenharia institucional.

Para tanto ousamos sugerir seja incluída na pauta dos planejamentos institucionais tal programação, já que a partir dela poderão ser desdobradas *ações significativas* voltadas ao atingimento das metas relacionadas nos 08 ODM's, diante do evidente respaldo técnico e social vinculado à origem e à concepção desses ideais.

Enfim, consistindo os ODM's em legítimas e relevantes aspirações sociais vinculadas à concretização de direitos humanos, e sendo a Sociedade personagem essencial na elaboração do planejamento institucional, entende-

[15] Fonte: Relatório Anual das Atividades de 2005 do CNMP. Disponível em <http://www.cnmp.gov.br/>.

[16] Promovida no ano de 2.000, essa Cúpula envolveu os 192 países integrantes da Organização das Nações Unidas, dentre os quais a República Federativa do Brasil.

se ser oportuno que os objetivos de desenvolvimento do milênio tenham vez em qualquer planejamento que se pretenda traçar no âmbito do Ministério Público brasileiro, tudo sem prejuízo de que outros e complementares instrumentos e indicadores possam permanentemente ser buscados e submetidos à apreciação.

4. SIM-MP: Uma experiência prática de integração (e interação) entre Ministério Público e a Sociedade

Sem embargo de valiosas iniciativas que vêm sendo desenvolvidas por diversos ramos ministeriais[17], no âmbito da Associação Paranaense do Ministério Público foi desenvolvida a criação do que veio a se chamar Sistema de Informações dos e para os Membros do Ministério Público - SIM-MP.

O SIM-MP consiste em uma *plataforma virtual* publicizada no dia 10.12.2008, a partir da qual se propicia um ambiente em rede com a funcionalidade de permitir que os membros do Ministério Público brasileiro possam *documentar* e *exteriorizar* suas intervenções no campo coletivo, estimulando a integração, a troca de experiências e despertando a criatividade para novas ações planejadas, com foco no atingimento dos Objetivos Fundamentais da Republica Federativa do Brasil (CR, art. 3º) e dos 08 Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM's) já referidos.

Mais do que trabalhar com marcos teóricos definidos (Declaração Universal dos Direitos Humanos, Constituição da República e Objetivos de Desenvolvimento do Milênio), a Plataforma articula a teoria (*saber*) e a prática (*fazer*) dentro de uma perspectiva de valorização do planejamento estratégico, da cobrança de maior eficiência e da produção do conhecimento sobre a Instituição e seu trabalho.

Possibilita o SIM-MP, desta forma, que os membros do Ministério Público possam visualizar e relacionar a vinculação, o impacto e a necessidade de combinar suas atuações com um planejamento institucional capaz de contemplar os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e com os 08 ODM's.

O Sistema propicia, ainda, um espaço no qual as próprias Instituições integrantes do Ministério Público podem divulgar *programas* e *ações* decorrentes de seu planejamento estratégico de atuação, especialmente com vistas a emprestar maior publicidade e transparência à Sociedade das *metas* e das *prioridades* ministeriais, fazendo com que esta saiba *o quê* e *quanto* pode esperar do Ministério Público brasileiro.

Desta forma, o SIM-MP cria um canal de interlocução e sinergia com a Sociedade, atendendo as premissas anteriormente ressaltadas, pois permite que esta visualize como o trabalho de natureza coletiva produzido por membros do Ministério Público, nas suas respectivas áreas de atuação, pode impactar e interferir positivamente na melhora dos índices de desenvolvimento humano (IDH), de desenvolvimento social (IDS) e da percepção da corrupção (IPC) e, assim, atuar em prol da concretização dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio.

De fato, com base em indicadores pré-estabelecidos é possível, através de uma metodologia própria, organizar dados e descobrir o panorama, o cenário e a perspectiva da concretização dos direitos humanos e das metas dos 08 ODM's no Brasil, comparando-o, inclusive, em relação aos demais países signatários da Cúpula do Milênio. Ademais, no âmbito interno, viabiliza-se a formação de diagnóstico (passado e presente) e a construção de prognóstico (futuro) sobre o caminho do planejamento estratégico a ser adotado pelo Ministério Público. Com isto, legitima-se a Instituição a fiscalizar as políticas públicas que precisam ser adotados pelos entes federativos para a concretização dos direitos fundamentais, seja no universo macro e geral, seja no âmbito micro e particular de um dado bairro ou município.

Daí o relevante papel a ser exercido pelo SIM-MP, pois, ao permitir aos agentes ministeriais a inserção de seus trabalhos coletivos na plataforma virtual, o Sistema não só colhe resultados e informações para uso interno como, efetivamente, demonstra à Sociedade como o Ministério Público brasileiro pode contribuir para o atingimento das metas previstas pela Cúpula do Milênio e como as ações sociais desenvolvidas pelos membros da Instituição impactam positivamente nos indicadores universais já mencionados (IDH, IDS e IPC).

Ademais, imagina-se que a busca de maior transparência e publicidade do trabalho desenvolvido pelo Ministério Público, aliada à divulgação de seu planejamento estratégico institucional, constituem medidas capazes de aproximar a Instituição não apenas da Sociedade, mas, também, da própria comunidade acadêmica, responsável pela produção de conhecimento científico. A partir desta perspectiva de interdisciplinaridade, nasce uma iniciativa capaz de fomentar a realização de projetos, parcerias e experiências voltadas à efetivação dos direitos fundamentais e à produção permanente de conhecimento crítico necessário ao aperfeiçoamento da Instituição.

Fortalecer a integração técnica e humana de membros do Ministério Público dentro de premissas de planejamento estratégico e, ao mesmo tempo, aproximar o conhecimento e a interlocução da Instituição com a

[17] Neste particular, merece registro valioso trabalho de iniciativa da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de Goiás, encampado pelo Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça, denominado *Programa Nacional de Modernização do Ministério Público* (Pró-MP), bem como iniciativa lançada pelo Ministério Público do Trabalho, intitulada *MPT Digital* este último consistindo num sistema que visa introduzir o processo eletrônico na rotina de trabalho daquele ramo ministerial, facilitando a disponibilidade de informações aos interessados e de conhecimento institucional em relação aos procedimentos em andamento e das manifestações já realizadas.

Sociedade, integrando seu trabalho com a produção de estudo, pesquisa e conhecimento da comunidade acadêmica para concretização de direitos humanos fundamentais: esta a missão do Sistema de Informações dos e para os Membros do Ministério Público.

Conclusão

Ao cabo do trabalho que se procurou apresentar, atingimos as seguintes proposições que merecem destaque, a saber:

1. O Ministério Público brasileiro carece de uma reengenharia institucional, senão para dar concretude ao princípio constitucional da eficiência (EC 19/98), principalmente para assumir definitivamente o perfil que lhe foi traçado pela Constituição da República de 1988;

2. Uma tal reengenharia vai além do inchaço do quadro de membros, correspondendo à inauguração de um novo modelo de gestão, o qual certamente haverá de ter início pela elaboração de um planejamento estratégico institucional, pela fixação de uma gestão administrativa eficiente e profissional e, ainda, pela análise racional de sua intervenção judicial e extrajudicial, tanto no âmbito civil quando penal;

3. No que toca ao planejamento institucional, diante da própria *ratio* das atribuições afetas ao Ministério Público, é fundamental que a Sociedade, única destinatária das atividades ministeriais, tenha voz, sendo observados seus anseios;

4. Para tanto, afora a excepcional importância dos instrumentos de uso cotidiano (audiências públicas, participação em conselhos sociais, etc.), deve o Ministério Público aferir a (pré)existência de aspirações sociais já delineadas e que possam servir de lastro ao planejamento institucional e à definição das metas prioritárias de atuação;

5. Referido exercício encontra solução na identificação dos chamados objetivos de desenvolvimento do milênio, metas traçadas no ano de 2.000 pela Cúpula do Milênio da Organização das Nações Unidas que, com base nos ideais da Declaração Universal dos Direitos Humanos, consistiu num pacto internacional voltado ao compromisso de dar efetividade aos direitos humanos e reduzir a pobreza até o ano de 2015;

6. Como forma de estimular a integração dos membros do Ministério Público brasileiro, da comunidade acadêmica e da sociedade em torno de um projeto capaz de permitir o registro de intervenções coletivas, a produção de saber voltado à Instituição e, primordialmente, potencializar a divulgação do impacto da atuação ministerial no tocante à efetivação dos direitos humanos fundamentais e ao cumprimento dos objetivos de desenvolvimento do milênio, no âmbito da Associação Paranaense do Ministério Público foi desenvolvido o SIM-MP: Sistema de Informações dos e para os Membros do Ministério Público;

7. O SIM-MP busca contribuir para a efetivação e consolidação da identidade do Ministério Público 'promotor' e 'defensor' dos direitos humanos e das liberdades fundamentais recepcionados pela Constituição, mormente no tocante às suas atribuições extrajudiciais;

8. Para tanto, o Sistema aposta no entendimento de que a compreensão das necessidades e expectativas sociais exige maior e melhor apresentação do Ministério Público para Sociedade. Crê que a sinergia e o diálogo constante entre a sociedade civil e a Instituição constituam medidas fundamentais para reforçar sua legitimidade, bem como provocar o seu aperfeiçoamento para criar, articular e planejar novas e eficientes formas de agir. Até porque, é a partir desta conscientização que restarão enfraquecidas, quando não propriamente desacreditadas, as constantes ameaças de tolhimento da independência e das prerrogativas funcionais.

Referências bibliográficas

BAUMAN, Zigmunt. *Medo líquido*. Jorge Zahar Editor, 2006.

BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad.* Editora Paidós, Barcelona, 2002.

CARUNCHO, Alexey Choi; FARIAS, Alexandre Ramalho de. *A Intervenção Cível do Ministério Público a partir da Constituição da República: uma reflexão necessária*. APMP Revista, v. Ano II, p. 24-29, 2008.

CONAMP, Associação Nacional dos Membros do Ministério Púbico. *Pesquisa sobre o Ministério Público no Brasil – pesquisa de opinião realizada pelo Ibope em fevereiro de 2004*. Rio de Janeiro, 2004.

FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo (Coord.). *Um novo modelo de gestão para o Ministério Público (bases de uma necessária reengenharia institucional)*. Editora APMP, São Paulo, 2003.

MARTINELLI, Jaqueline Mara Lorenzetti In *A Missão Compartilhada*. Disponível em <http://www.mp.pr.gov.br/ceaf/art1.doc>. Acesso em 19 de outubro de 2008.

MAZZILLI, Hugo, *Propostas de um novo Ministério Público*. *In* Justitia, vols. 189/192, <http://www.revistajustitia.com.br>, acesso em julho.2008

MORAIS DA ROSA, A., AROSO LINHARES, J. M. *Diálogos com a Law & Economics*. 1. ed. Lúmen Júris. Rio de Janeiro: 2009.

TEIXEIRA, Hélio Janny, SALOMÃO, Sérgio Matosso e SANTANA, Solange Maria. *As abordagens superficiais e os mitos*, in *Remodelando a gestão pública*. TEIXEIRA, Hélio Janny e SANTANA, Solange Maria (Coord.), Editora Edgard Blücher, São Paulo, 1994, pp.1/2. apud. FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo. *Um novo modelo de gestão para o Ministério Pùblico (bases de uma necessária reengenharia institucional)*. Editora APMP, São Paulo, 2003.

VILLELA, Patrícia (coord.). *Ministério Público e Políticas Públicas*. Lúmen Júris. Rio de Janeiro, 2009.

059

A CORREGEDORIA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO E A NECESSIDADE DE (RE) DEFINIÇÃO DO SEU PAPEL DE ORIENTAÇÃO E FISCALIZAÇÃO DOS MEMBROS NO COMPROMISSO DE CUMPRIMENTO E CONCRETIZAÇÃO DO PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO INSTITUCIONAL

Márcio Soares Berclaz[1]

Promotor de Justiça/PR

Síntese dogmática: *O presente trabalho busca enaltecer a importância e imprescindibilidade de a elaboração do planejamento estratégico pelo Ministério Público ser acompanhada da necessária revisão crítica do papel das Corregedorias-Gerais na orientação e fiscalização dos membros para o cumprimento dos programas, metas, objetivos e atividades finalísticas democraticamente definidas em prol de maior aperfeiçoamento e cumprimento eficiente da identidade constitucional conferida ao Parquet, preservado o equilíbrio entre os princípios da unidade e independência funcional e, se preciso, propiciado o devido e próprio aperfeiçoamento legislativo.*

Assentada a idéia de que o Ministério Público precisa exercer suas funções com mínima coordenação e organização, de forma articulada, regionalizada e sistêmica, estabelecida a premissa de que a construção de planejamentos estratégicos institucionais integra medida necessária para emprestar maior efetividade (artigo 37, "caput", da Constituição da República) e controle de resultados na atuação de transformação social necessária ao *Parquet* enquanto instituição do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, "caput", da CR)[2], fundamental que, nesse contexto, seja produzida revisão e suficiente *massa crítica* para a constatação sincera de que as Corregedorias-Gerais precisam redimensionamento epistemológico e metodológico teórico e prático para cumprirem com o seu papel de *orientação* e *fiscalização* das atividades funcionais, tal como prescrito no artigo 17 da Lei 8.625/93.

A impressão dominante, de modo geral, é que as Corregedorias-Gerais conservam organização e funcionalidade arcaicas de todo incompatíveis com a nova formatação constitucional do Ministério Público. Os trabalhos costumeiros dos órgãos correcionais ainda parecem concentrar excessiva, quando não exclusiva atenção no âmbito das atribuições judiciais, justamente quando maior foco de orientação e fiscalização deveria estar voltado à verificação da atuação extrajudicial (resolutiva ou demandista) capaz de resguardar a defesa dos interesses coletivos mais caros à coletividade, grande *ponto de mutação* (CAPRA) do Ministério Público dito social ou simplesmente constitucional.

---

[1] Promotor de Justiça no Estado do Paraná. email: marcioberclaz@terra.com.br.

[2] *"O Estado Democrático de Direito é um novo paradigma fundado em uma nova legitimidade no plano constitucional e da ciência política. O direito assume função transformadora e, diversamente das Constituições Liberais e das Sociais, a legitimidade transformadora do Estado Democrático de Direito e do Direito em si surge da própria Constituição (...) A sua finalidade é a transformação da realidade social com a implementação, em processo democrático e constante, da igualdade material"* (ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova suma divisio constitucionalizada*. Editora Del Rey, 2008.

A Corregedoria-Geral como relevante órgão da Administração Superior (artigo 5º, IV, da Lei 8.625/93) além de não estar contribuindo adequadamente para a afirmação e concretização da identidade constitucional do Ministério Público, especialmente no âmbito do desempenho das atribuições extrajudiciais, também não vem exercendo seu insubstituível e indelegável papel de exercer efetivo e *real* (ZIZEK) acompanhamento de orientação e cobrança fiscalizatória para otimizar a implementação e o cumprimento do planejamento estratégico institucional, notadamente aquele instrumentalizado a partir dos Planos Gerais de Atuação (PGA) e documentos de igual funcionalidade que possam ser elaborados no âmbito regional ou mesmo local. Se é bem verdade que muitas Administrações Superiores ainda não editaram ou prepararam seus Planos Gerais de Atuação ou documentos equivalentes, não menos verdade é que muitas delas o fizeram sem que tenha sido propiciada necessária participação e discussão destes documentos com a classe[3] e os demais órgãos da Administração Superior, empecilho que é um dos principais fatores que têm dificultado a efetiva atenção, mobilização e engajamento coletivo das instituições (e membros), a fim de que o planejamento estratégico transcenda o plano ideal, deixando de ser mero instrumento retórico e simbólico de desejável eficiência administrativa para ocupar espaço operacional concreto, constituindo-se em marco relevante e poderoso para sinalizar caminhos, metas, objetivos e prioridades que permitam a verificação e controle quantitativo e qualitativo dos resultados obtidos em favor da sociedade.

Todavia, de nada adiantará as Procuradorias Gerais esforçarem-se no estudo, na discussão e na implementação de planejamento estratégico institucional, missão que precisa ser amplamente democrática e arduamente construída com a participação dos membros se, por outro lado, de parte da Corregedoria-Geral enquanto órgão da Administração Superior, não houver radical reformulação de métodos de correição, capacitação técnica e humana de seus integrantes e, sobretudo, compromisso e convencimento da importância do seu papel na necessária orientação e fiscalização dos programas, metas, prioridades e objetivos traçados. Prova disso é que o próprio Relatório das Atividades da Corregedoria-Nacional do Ministério Público em 2006 sabiamente reconheceu a necessidade de *verificação das práticas de orientação e fiscalização mais eficazes*. Assim, uma vez existente planejamento estratégico institucional ou documentos equivalentes elaborados e em fase de execução, fundamental que a implementação e o convencimento dos membros para o seu respeito e observância sejam acompanhados do controle e monitoramento de suas prioridades e resultados como compromisso efetivo que também deve ser assumido e cumprido de forma adequada pela Corregedoria-Geral.

A impressão é que, em regra, à luz da normatização existente, as atribuições extrajudiciais ostentam certa invisibilidade[4] aos olhos das atribuições dos órgãos da Administração Superior, especialmente as Corregedorias-Gerais, as quais possuem o dever institucional de orientação e fiscalização que, a propósito, prioritária e inteligentemente deveria ser direcionado para essas atividades extraprocessuais em relação as quais, diferentemente da demanda judicial, sempre sinalizada pela abertura de vista e registro em cartório, muito fácil é fazer "vistas grossas" ou mesmo manter-se omisso e inerte frente a um determinado problema. Não obstante o artigo 43, parágrafo primeiro, da Lei 8.625/93 seja claro ao assegurar, inclusive, o desempenho de atribuições não só judiciais como extrajudiciais e especializadas nas Promotorias de Justiça como órgãos de execução, sem embargo de que o próprio CNMP tenha manifestado compreensão teórica de que o Ministério Público *atua em processos judiciais e extrajudiciais em que haja interesses sociais ou individuais indisponíveis, difusos e coletivos a legitimarem sua intervenção ou sua iniciativa*[5], a realidade infelizmente insiste em mostrar quadro diverso.

Visão crítica da Corregedoria como órgão da Administração do Ministério Público mostra que esta: 1) ao contrário de verificação permanente, faz apenas verificações de largo período nas Comarcas, ainda assim adotando métodos discutíveis e voltados excessiva ou exclusivamente às atividades judiciais; 2) atua de modo tímido, para não dizer inexistente na inspeção das atividades ministeriais de segundo grau; 3) de modo geral atende apenas ao processamento das provocações que recebe para apurar conduta e supostos excessos e abusos dos seus membros[6], descuidando-se de fiscalizar verdadeira inércia; 4) possui papel eminentemente repressivo que busca se impor simplesmente pela natureza coercitiva e sancionadora do órgão, deixando de ocupar papel pedagógico capaz de se fortalecer e sedimentar verdadeira e emancipatória "autoridade" a partir da fundamentação e sistemática de trabalho

---

[3] Nesse sentido, não podendo estar o Ministério Público alijado de democracia interna, é de se entender que eventual Planejamento Estratégico que não envolve discussão democrática e ampla com toda a classe e sociedade não terá suficiente legitimidade para se constituir num planejamento estratégico institucional legítimo, mas sim em Plano de Atuação Unilateral editado por determinação da Procuradoria-Geral de Justiça,o que é bem diferente.

[4] E, como ensina NILO BATISTA ("in"Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro, Editora Revan, 11ª edição, 2007), *um saber crítico é fundamentalmente um esforço para 'fazer aparecer o invisível' (Miaille) ou as 'funções encobertas' (Warat) do visível.*

[5] Relatório Anual do CNMP em 2007.

[6] Certamente porque atuação de ofício e pautada para fiscalizar omissão de membro do Ministério Público, também passível de ser qualificada como inércia não-fundamentada, ainda nos parece uma realidade distante do estreito raio de ação correcional.

adotada; 5) exige e cobra estatísticas e informações sem que o resultado do exame combinado desses dados seja divulgado ou mesmo revertido em proveito da instituição, problemática que, em parte, é fruto da deficiência de método e equivocada taxonomia de categorias aptas a retratarem as principais atividades extrajudiciais e a conseqüente necessidade de sua medição. A respeito do último aspecto, aliás, merece lembrança o fato de que o próprio CNMP, no Relatório Anual de 2005, entendeu que a *escassez de informações prestadas pelo Ministério Público dos Estados* constitui problema que tem impossibilitado *a verificação das demandas específicas existentes,* demandas essas cujo mapeamento, obviamente, é decisivo é crucial para que haja um diagnóstico eficiente que sirva como ponto de partida ao planejamento estratégico institucional. Como se vê, muitos são os problemas na atuação da Corregedoria.

Sem dúvida que o somatório contextual desses problemas vivenciados pela Corregedoria também traz prejuízo significativo ao planejamento estratégico institucional. Prova ilustrativa disso reside no fato de o Relatório Anual da Corregedoria-Geral do CNMP no ano de 2006 ter revelado que Comissão de alguns Corregedores-Gerais encarregada de apresentar estudos no sentido de aperfeiçoar a estatística institucional e o relatório de atividades funcionais padronizado ter chegado a conclusão, a nosso ver inaceitável, *no sentido da impossibilidade de adoção de um modelo de relatório, contendo os dados sobre a atuação funcional e as atividades desenvolvidas, único e padrão para todos os ramos do Ministério Público, em face da multiplicidade e peculiaridades dos dados constantes dos relatórios elaborados por cada unidade do Ministério Público, dado estes definidos a partir das prioridades e metas fixadas pelos respectivos órgãos da Administração Superior.* Difícil enxergar dificuldade insuperável na sistematização de intervenções de um Ministério Público que, bem ou mal, deve atuar a partir de uma Constituição da República e de duas leis nacionais institucionais (Lei Complementar n. 75/93 e Lei 8.625/83), seja no âmbito judicial, seja, sobretudo, no aspecto extrajudicial. Ao contrário do planejamento estratégico ter sido argumento invocado para impedir aperfeiçoamento do registro de estatística e do relatório das atividades, é de se entender que este somente tende a ser reforçado e valorizado quanto maior for a capacidade de medir e quantificar, quantitativa e qualitativamente, a forma e a realidade da atuação do Ministério Público.

Enquanto esse for o quadro não se visualiza espaço e papel efetivo de protagonismo do órgão na construção do respeito ao planejamento estratégico institucional traçado, situação que precisa mudar. Felizmente, demonstrando evolução na análise do problema, bem reconheceu o Relatório Anual de Atividades do CNMP em 2008 que é preciso considerar a *importância de serem instituídos mecanismos de aferição do desempenho do Ministério Público, como forma de subsidiar o planejamento estratégico da instituição,* no que a *mensuração da efetividade dos questionários eletrônicos* das Resoluções 12 e 25 servem como preliminares (e ainda insuficientes) instrumentos de coletas de dados.

Ora, reconhecida a importância da atuação organizada e planificada do Ministério Público, fundamental que a Corregedoria, portanto, assuma papel de destaque no desempenho de *orientação* e *fiscalização* voltados ao controle e ao monitoramento da execução do planejamento estratégico institucional, tanto no plano da gestão administrativa dos órgãos de execução (administração da Promotoria sob o ponto de vista organizacional, documental, estrutural, recursos humanos, etc.), quanto no que diz respeito às atribuições ministeriais propriamente ditas, seja no plano judicial, seja, fundamentalmente, no âmbito extrajudicial.

Por mais que o próprio Conselho Nacional dos Corregedores Gerais da União e dos Estados, nas suas reuniões, desde 2001, já tenha tido inúmeras deliberações aparentemente favoráveis ao enaltecimento e valorização das atividades extrajudiciais[7], lamentavelmente estas prescrições até o presente momento ocuparam mero papel

---

[7] **1)** No 24º Encontro do Conselho Nacional dos Corregedores Gerais dos Estados e da União, realizado em Salvador-BA, de 29 a 31 de março de 2001, houve deliberação no sentido de se incentivar e promover o debate permanente acerca dos critérios de avaliação dos trabalhos de correição e inspeção, tendo como parâmetros valores calcados na produtividade, qualidade e tempestividade dos serviços ministeriais processuais **e extra-processuais** para fins de promoção e remoção, com isso implementando-se o aperfeiçoamento dos deveres legais de fiscalização e orientação da conduta pessoal e funcional dos membros do Ministério Público (grifou-se); **2)** No 25º Encontro do Conselho Nacional dos Corregedores Gerais dos Estados e da União, realizado em Palmas-TO, de 20 a 22 de junho de 2001, deliberou-se no sentido de *recomendar que, na atividade correicional, ordinária e extraordinária, **seja considerada**, inclusive com repercussão na aferição do conceito funcional, **a atuação extraprocessual desenvolvida pelos órgãos de execução.*** (grifou-se) **3)** A "Carta de Florianópolis", por sua vez, escrita durante o 27º Encontro do Conselho Nacional dos Corregedores Gerais dos Estados e da União, realizado de 28 a 30 de novembro de 2001, trouxe deliberação no sentido de que: 1) *a avaliação das atividades judiciais dos órgãos de execução do Ministério Público, especialmente no que diz respeito ao cumprimento dos prazos processuais, **seja considerada a atuação extrajudicial desenvolvida por estes órgãos, a fim de não inviabilizar e desestimular o exercício destas atividades***, ocasião em que se destacou a necessidade paralela de **fiscalização e avaliação da atuação extrajudicial dos órgãos de execução** (grifou-se); **4)** A "Carta de Porto Alegre", editada a partir de reunião realizada em 11 a 12 de dezembro de 2003 do Conselho Nacional dos Corregedores Gerais do Estado e da União, deliberou por *reafirmar todas as providências já discutidas no âmbito deste Conselho Nacional no que diz respeito ao **apoio às atividades extrajudiciais no âmbito do Ministério Público, para estimular e incentivar as atuações nas áreas da coletividade**, contribuindo-se no **perfil traçado pela Constituição Federal de 1988** - para o fortalecimento da Instituição como órgão agente, aprimorando os métodos concretos de aferição dessas atribuições, voltados a **valorizar aqueles que se dedicam a essa importante missão institucional*** (grifou-se); **5)** Por derradeiro, durante 39º (Curitiba/PR – 22 a 23 de abril de 2004) e 41º encontros (Florianópolis/SC – 19 a 20 de agosto de 2004) do mesmo colegiado houve reconhecimento repetido da relevância das atribuições extrajudiciais, ao ter sido afirmado *ser dever de todos os entes federados, com seus respectivos Poderes, Institucionais e órgãos, desenvolver atividades de cooperação e articulação, com o fito principal de solucionar os grandes problemas que afligem a sociedade e obstaculizam a realização dos fundamentos da República Federativa do Brasil expressos no art. 1º de nossa Carta Magna;*

simbólico divorciado da metodologia e do processo de trabalho das atividades correcionais, reproduzido, de modo geral, modelo obsoleto, constrangedoramente ultrapassado e ineficaz para consolidação do perfil constitucional do Ministério Público. De nada adianta afirmações retóricas sinalizando a necessidade de mudança crítica e aperfeiçoamento na avaliação das atividades extrajudiciais quando esta intenção não vence a pretensão crítica inicial por se encontrar totalmente divorciada com a realidade da atividade, especialmente quando já se vão mais de duas décadas da ainda esperada concretização do Ministério Público constitucional. Se é bem verdade que o referido Conselho já fez um razoável diagnóstico do problema, sua atuação até aqui frustrou a apresentação de qualquer ferramenta efetiva de intervenção e correção desta distorcida realidade. Percebe-se, no contexto, necessidade de maior foco crítico instrumental, interventivo e propriamente operacional sobre as atividades correcionais, situação que depende de provocação externa ou mesmo de uma certa liderança do CNMP, já que a experiência mostra que a discussão interna entre as Corregedorias dos Estados tem se mostrado insuficiente e realisticamente improdutiva para produzir transformação da realidade paradigmática ainda vigente.

Assim, sob o ponto de vista empírico, resta a expectativa e esperança de que *a criação do Conselho Nacional do Ministério Público* (CNMP) possa *ser entendida como um passo fundamental na definição da nova identidade do MP, delineada sobretudo por indicadores comuns para descrever a atuação institucional, especialmente em suas atividades extraprocessuais,* como acertadamente afirmado no Relatório Anual de Atividades do referido colegiado no ano de 2008, ainda que a normatização hoje existente no âmbito do CNMP no que diz respeito aos parâmetros das atividades correcionais seja demasiadamente tímida, quando não verdadeiramente insuficiente para transformar o paradigma dominante no qual a atividade extrajudicial é relegada a um plano secundário ou mesmo solenemente ignorado na compreensão contextual da instituição.

Muito há de se avançar e evoluir no sentido de priorizar e mensurar adequadamente extrajudiciais também pelo CNMP, cujos atos também não podem escapar de uma abordagem crítico-reflexiva. Prova disso reside no fato de o próprio Regimento Interno do Conselho Nacional do Ministério Público, no seu artigo 128, parágrafo único, ao tratar do relatório anual, falar em avaliação de desempenho dos órgãos e membros, publicação de dados estatísticos sobre cada um dos ramos, discriminando elemento da "movimentação processual" que, a rigor, semanticamente, não poderia contemplar atividades extrajudiciais, que, se acredita, sejam o dado mais importante para ser medido, uma vez que a atuação processual propriamente dita é possível de ser extraída e acompanhada pelos próprios sistemas e registros disponíveis do Poder Judiciário. Por mais que o próprio CNMP, no Relatório Anual de 2007, tenha esclarecido que a *movimentação processual* também *compreende a atuação extrajudicial do Ministério Público nas áreas cível e criminal,* a classificação não apenas carece de precisão terminológica como, outrossim, mostra método e taxonomia insuficiente e discutível ao prever apenas a quantificação do número de ações civis públicas e inquéritos civis como únicos indicadores, sem exame da área de atuação, do conteúdo, bem como do uso de instrumentos eficientes e resolutivos para atingimento dos objetivos (ofícios, reuniões, participação em conferências, audiências públicas, recomendações administrativas e termos de ajustamento de conduta). De qualquer forma, se o planejamento estratégico-institucional tem como objeto prioritário planejamento de desempenho de atribuições extrajudiciais, se as Corregedorias dos Estados tem mostrado cumprimento deficiente do seus respectivos papéis, exercer supervisão e monitoramento sobre a qualidade do controle dos deveres funcionais de natureza extraprocessual dos membros do Ministério Público pode constituir uma das missões mais emblemáticas e inovadoras do CNMP.

Dentro da ideia de se implementar o planejamento estratégico institucional, é preciso estar claro que o foco da atribuição que prioritariamente se busca atingir passa pelo exercício adequado e eficaz das complexas atribuições extrajudiciais. Muito fácil entender por quê. Partindo da idéia de que a atuação originária no plano judicial, decorrente da atuação como fiscal da lei, não tem como ser pautada e controlada pela instituição, salvo mediante aplicação da idéia necessária de *racionalização* no sentido de atualizar e verificar se existe interesse público primário que justifique a intervenção ministerial[8], forçoso reconhecer que a atuação que mais carece de planejamento está voltada ao cumprimento das operosas e múltiplas atribuições extrajudiciais, na condição de órgão agente, matéria sobre a qual, aparentemente, reside o maior problema e a necessidade de o Ministério Público atuar e organizar a sistematização de suas ações para fugir da omissão e da inércia[9] não-fundamentada que conduzem ao enfraquecimento institucional.

---

[8] Neste sentido reporto-me a trabalho já produzido nesse sentido (*Para onde caminha o Ministério Público? Um novo paradigma: racionalizar, regionalizar e reestruturar órgãos auxiliares para assumir a identidade constitucional* regionalizar, racionalizar e reestruturar órgãos auxiliares para cumprir a missão constitucional): "*Racionalizar, nesta ótica, propõe uma releitura das atribuições ministeriais a partir de um processo de filtragem constitucional capaz de projetar efeitos em toda a legislação ordinária, extirpando a atuação do Promotor de Justiça em intervenções processuais obsoletas, baseadas muito mais numa praxe forense irrefletida do que, propriamente, numa missão constitucional*".

[9] Ainda que nada de efetivo e concreto tenha sido produzido, importante saudar o fato de que a III Reunião da Corregedoria Nacional com os Corregedores-Gerais do Ministério Público dos Estados e União, realizada no ano de 2008, pautou discussão sobre a inércia e o o planejamento estratégico do Ministério Público,conforme se depreende do Relatório das Atividades do CNMP em 2008.

Dessa forma, importante mencionar que o planejamento estratégico institucional objeto de abordagem, passível de ser instrumentalizado por planos gerais, regionais e locais de atuação, o programa de atuação ministerial para o qual se entende seja necessário o concurso da Corregedoria-Geral na orientação e fiscalização dos membros, possui foco e substância voltado, prioritariamente, para a organização e estruturação das prioridades, objetivos e metas no desempenho das atividades extrajudiciais do Ministério Público.

É aqui, no terreno fértil, porém infelizmente pouco explorado, das atribuições extrajudiciais que, uma vez definidas as metas, os objetivos e as prioridades no desempenho de cada uma das áreas de atuação do Ministério Público (dimensões constitucionais do direito coletivo[10]), vale dizer: controle externo da atividade judicial, educação, saúde, defesa do patrimônio público, meio ambiente, eleitoral, infância e juventude, consumidor, idoso, portador de necessidades especiais, etc (em prestígio da unidade da instituição e de uma programação que, sob o ponto de vista ideal, espera-se, tenha sido democraticamente discutida com a classe, pois só assim poderá estar legitimada), nesse campo é que precisa a Corregedoria desempenhar o seu papel de orientação, fiscalização e, se for o caso, adoção de medidas efetivas, para que esta pauta seja cumprida adequadamente pelos membros do Ministério Público de primeiro e segundo grau[11].

A propósito da necessidade de conciliar o princípio da *unidade institucional* com a prerrogativa valiosa da *independência funcional*, elementos albergados no artigo 127, 1º, da CR, é de se entender que um planejamento estratégico adequado deva guardar equilíbrio e proporcionalidade entre ambos valores. Desse modo, em nome do aprimoramento e do conjunto de interesses institucionais (unidade), é de se admitir a necessidade de se estabelecer programação organizada e coordenada capaz de definir as pautas e áreas prioritárias de atuação ministerial nas quais metas, objetivos e resultados deverão ser cobrados, ficando a *independência funcional* resguardada e preservada na sua essência, na medida em que a forma e o conteúdo da atuação sobre determinada pauta ou prioridade continuarão sempre a cargo da consciência e da capacidade intelectual do membro do Ministério Público que opera e vivencia determinada realidade ou situação-problema. A independência funcional, no seu núcleo essencial, diz respeito a forma e conteúdo técnico-jurídico do desempenho de determinada atribuição, cabendo à unidade institucional indicar como deve ser desenvolvido e desdobrado este amplo leque de atribuições extrajudiciais.

Assim, na conciliação dessas duas valências (unidade institucional e independência funcional), quando se quer imaginar e discutir a Corregedoria no seu papel ideal de orientação e fiscalização dos membros para cumprimento e concretização do planejamento estratégico institucional, importante destacar que não se está, sob hipótese alguma, querendo fazendo controle de conteúdo ou de mérito do que será feito ou deverá ser dito na atuação do colega na esfera judicial e, sobretudo, extrajudicial, mas apenas se está querendo significar que, uma vez definida a área de atuação, estabelecidos os problemas e as atividades finalísticas a serem buscadas (por exemplo, incremento do controle social como tema das atribuições da Promotoria de Saúde Pública), terá cada membro a responsabilidade e, inclusive, o dever funcional de apresentar atuação e tomada de providências nesse sentido, sem prejuízo de que este possa, à sua maneira, além disso, dar andamento ao planejamento local das prioridades e atividades que entender necessárias.

É justamente na concepção da observância do planejamento estratégico institucional como dever funcional dos membros que o estreito e singelo objetivo deste trabalho pretende enaltecer a magnitude e a relevância do papel a ser exercido pelas Corregedorias-Gerais enquanto instâncias de controle interno necessário para conformar o Ministério Público com uma atuação democraticamente eficiente e planejada para consecução da sua missão enquanto instituição encarregada da defesa e representação da sociedade civil.

Se o Ministério Público de hoje ainda não está melhor e idealmente conformado com o papel constitucional, certamente que a responsabilidade não é apenas da Administração Superior ou de seu corpo de membros, mas também concurso da postura pouco proativa e protagonista até aqui adotada pelas Corregedorias-Gerais.

Retomando ponto anterior, da mesma forma que, em nome da unidade ministerial, não se pode admitir que cada membro do Ministério Público omita-se injustificadamente no desenvolvimento de trabalho extrajudicial em prol da programação estratégica definida pela instituição como se verdadeira "ilha de autonomia" fosse, por outro lado, para preservação da independência funcional, é importante deixar claro que o conteúdo e a forma da intervenção resolutiva ou demandista sob o ponto de vista técnico-jurídico, incluída a interpretação e o entendimento do

---

[10] A expressão é de Gregório Assagra de Almeida. Obra citada.

[11] Por mais que o segundo grau do Ministério Público, ao nosso ver, exija e necessite de urgente adequação e conformidade com o perfil constitucional promocional da institucional, tudo para que a atuação do Procurador de Justiça, por exemplo, não se resuma a mero parecerista, devendo ser visualizada sob outras perspectivas, seja de modo vinculada a um projeto de regionalização capaz de fomentar promoção de medidas judiciais e extrajudiciais, seja atrelada a uma atuação em Centro de Apoio para exercício de atividade de coordenação e subsídio da atuação ministerial em áreas de interesse coletivo, seja relacionada à elaboração de recursos excepcionais (especiais e extraordinários) ou esteja mesmo ligada ao desempenho de atribuições cíveis e criminais no âmbito coletivo, envolvendo Governador de Estado, Assembléia Legislativa, Poder Judiciário e Tribunal de Contas, as quais, imagina-se, devam ser gradualmente desconcentradas das atribuições do Procurador-Geral de Justiça, que assim, inclusive, tem mais discernimento e desenvoltura para gerir os assuntos afetos à gestão da instituição sem risco de retaliações ou repercussões políticas indesejadas decorrentes de sua atuação técnico-institucional.

colega, são questões imunes à interferência ou imposição de postura de parte da Corregedoria enquanto órgão da Administração Superior. Pensar diferente seria totalitarismo, conceito que se quer distante do Ministério Público social e democrático.

Com efeito, se porventura houver conflito ou estabelecimento de zona de indefinição entre o que possa ser cobrado enquanto programa de atuação e o que corresponda ao núcleo essencial e rígido que integra o princípio da independência funcional como cláusula pétrea, convém que se adote a possibilidade de o membro do Ministério Público justificar pormenorizadamente a razão da sua não-intervenção sobre determinado tema ou mesmo declarar-se suspeito para determinada atividade finalística, após o que deverá ocorrer a designação de outro colega para atuar no caso com motivação e liberdade de consciência necessária, sem prejuízo de que, obviamente, deva a Administração organizar critério de distribuição de serviço capaz de compensar que a ausência de trabalho sobre determinada situação seja substituída pela imposição de outra tarefa.

É com esse procedimento que poderá a Corregedoria-Geral contribuir decisivamente para que a operação prática do planejamento estratégico institucional, uma vez discutido e aprovado pelos canais institucionais próprios, seja realidade vivenciada e experimentada dentro de cada espaço do Ministério Público brasileiro. É dentro dessa idéia que se acredita possa a Corregedoria exercer papel proativo de órgão voltado à orientação e fiscalização dos membros em nome de um objetivo maior institucional e democraticamente traçado para aperfeiçoar a atuação do Ministério Público enquanto instituição, no caso, a implementação e monitoramento do planejamento estratégico-institucional.

Destarte, se o desempenho do Ministério Público como instituição ainda está distanciado da eficiência e resolutividade esperadas na prevenção e resolução de conflitos, na busca do bem comum e da paz social, na interação interna e com a sociedade, se a credibilidade da instituição pode estar ameaçada pelo deficiente cumprimento do papel constitucional estabelecido há mais de vinte anos e o risco constante de "outro" assumir ou mesmo usurpar este lugar, se o *Parquet* ainda se constitui numa corporação que não mede e não controla de forma adequada sua quantidade e sua qualidade de atuação, não há como fugir da responsabilidade da Corregedoria no atingimento problemático, quando não propriamente caótico, desse preocupante estado de coisas.

Ao lado da crítica que se faz sobre o escasso protagonismo, quando não a própria co-responsabilidade da Corregedoria sobre a situação atual de crise existencial do Ministério Público brasileiro, sobra esperança de que a formatação adequada do trabalho e a redefinição crítica da sua função possa apresentar decisiva e marcante contribuição para viabilizar o atingimento de sucesso e eficácia não só na assimilação do papel constitucional como também no cumprimento do planejamento estratégico-institucional por todos os membros, pois ambas idéias podem e devem caminhar juntas e articuladas.

Se uma das idéias do planejamento estratégico é justamente permitir que os órgãos de execução (Promotorias e Procuradorias) integrem um corpo sistêmico com integração de informação, harmonia e horizontalidade de ações, impedindo-se, assim, que os membros mantenham-se omissos e inertes no cumprimento e na observância dos programas, metas e objetivos gerais estabelecidos como necessários e desejáveis na gestão regional ou local de suas unidades, se a idéia de maior êxito no desempenho do Ministério Público como instituição passa pela conciliação ponderada entre o princípio constitucional da unidade institucional com a garantia de independência funcional (sem que nenhum dos valores possa ser alvo de interpretação inflexível e absoluta[12]), forçoso inserir a Corregedoria-Geral como órgão que precisa exercer proativo e decisivo papel para a conformação e o equilíbrio desta simbiose.

Da mesma forma que a unidade institucional e a idéia de planejamento não podem, sob hipótese alguma, interferir na consciência e na definição da intervenção técnico-individual a ser adotada por qualquer membro do Ministério Público, de outro lado também não é adequado conceber que a garantia de independência funcional possa ser interpretada num contexto absoluto e excessivamente abrangente ao ponto de permitir que cada órgão de execução se sinta em uma posição insular, como se feudo ou reino fosse, ao ponto de criar barreiras injustificadas ou mesmo confortáveis que tornem a coordenação e administração da pauta das prioridades institucionais impermeáveis às atividades de trabalho vinculadas à atuação dos órgãos de execução da instituição.

Transportando a idéia de "órgão" vigente no âmbito do direito administrativo como *círculo de poder onde se forma e se manifesta o querer e o agir*[13], ressalvadas as prerrogativas indispensáveis à atuação independente e alheia a pressões ou conveniências políticas exigida do membro do Ministério Público na promoção e defesa dos interesses da sociedade, a realização dos objetivos institucionais, notadamente no campo do desempenho das atribuições extrajudiciais, não pode continuar dependendo do esforço ou do voluntarismo individual rarefeito (subjetivo) de alguns membros, devendo expandir-se entre a classe como regra a partir de um complexo de atribuições

---

[12] Nesse sentido a preciosa lição de EMERSON GARCIA, na sua obra "Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico": *"O tema proposto, independência funcional dos membros do Ministério Público, em que pese ser uma garantia indispensável ao exercício das funções ministeriais, é fonte de inevitável preocupação: essa independência é absoluta ou está sujeita a algum balizamento? A primeira proposição deve ser de logo afastada, pois é inconcebível que seja divisada a existência de direitos absolutos em um Estado Democrático de Direito, isto porque freqüentes são os pontos de tensão entre dois ou mais direitos, o que, ipso factum, torna imperativo o estabelecimento de critérios para a solução de tais colisões"*

[13] A lição aqui é de CELSON ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO em "Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos".

(objetivo). Daí a exigência de que os órgãos de execução sejam orientados, instados e controlados a desenvolverem seus trabalhos de modo a fazer cumprir e respeitar a consciência coletiva institucional[14] objetivamente considerada no planejamentoestratégico a ser construído de modo democrático a partir de dados científicos (estudos, pesquisas, índices e estatísticas) e dos reclames sociais detectados a partir das diversas formas de interlocução e aproximação com a sociedade que precisam ser ocupadas, estimuladas, quando não propriamente criadas.

Esta combinação de elementos subjetivo e objetivo, aliás, nada mais é do que o reconhecimento e aplicação da teoria mista ou eclética aos "órgãos de execução"(Promotorias e Procuradorias) do Ministério Público como composições para as quais deve obrigatoriamente concorrer tanto o agente humano e sua capacidade intelectual como também o feixe de atribuições e de deveres que lhe são impostos, dentre os quais o cumprimento da atuação ministerial planejada e organizada.

Obviamente que esta possibilidade de controle, cobrança e fiscalização, por mais que seja inerente ao papel da Corregedoria-Geral, especificamente no âmbito do acompanhamento da planificação estratégica, deverá ser exercida com redobrada responsabilidade e razoabilidade, considerando todos os elementos que compõem a factibilidade de determinado órgão de execução fazer frente e cumprir com eficiência suas múltiplas e complexas atribuições, o que inclui necessariamente a verificação da estrutura administrativa e, sobretudo, humana, particularmente no que tange à notória falta e insuficiência quantitativa[15] ou qualitativa de órgãos auxiliares[16]. Nesse sentido, valioso identificar que a função exercida pela Corregedoria também pode ser ferramenta útil e relevante para sinalizar carências e necessidades que deverão ser apontadas e supridas pela Procuradoria-Geral como principal gestora executiva de toda a Administração Superior.

No âmbito dessas questões, cumpre enfatizar que a Corregedoria-Geral, em harmonia com os demais órgãos da Administração Superior, pelo simples exercício eficiente das suas atribuições ordinárias, tem plenas condições não apenas de recolher informações relevantes ao monitoramento do planejamento estratégico institucional mediante uso de adequada tecnologia como, também, de verificar os prazos e a forma mais eficiente através da qual é possível fazer o acompanhamento dos resultados obtidos e das facilidades e dificuldades encontradas no caminho, instrumento decisivo não só para alimentar balanço crítico entre o desejado e o realizado, como, sobretudo, para motivar os membros ministeriais a mostrarem e divulgarem à sociedade os efeitos práticos e positivos das suas ações em prol do bem comum e, sobretudo, do cumprimento dos direitos humanos fundamentais[17].

Desde que a instituição do Ministério Público esteja integrada com a sociedade que representa, bem como internamente coesa, organizada e aberta para produzir discussão democrática e participativa sobre as suas prioridades no cumprimento do papel constitucional, é de se imaginar que o planejamento estratégico institucional a ser elaborado pode assumir verdadeira consciência institucional coletiva construída de forma compartilhada com a classe e com a própria sociedade em prol do cumprimento dos plurais objetivos que o Estado Democrático de Direito assegura e exige de nossa instituição.

A propósito, na esteira de competente trabalho desenvolvido pelo colega MAX ZUFFO sobre o tema da "administração estratégica"[18], importante entender que a palavra estratégia pode ser compreendida em cinco eixos distintos e polissêmicos, capazes tanto de abranger a idéia de *plano*, *pretexto*, *padrão*, *posição*, como, sobretudo, a noção de *perspectiva*, *situação na qual a análise se volta para o modo como as intenções são difundidas nos grupos que compõem as organizações, tornando-se compartilhadas por uma série de normas e valores que criam comportamentos extremamente arraigados no grupo,* vale dizer, *um instrumento importante para a percepção e ação coletiva,* o que é fundamental especialmente para a instituição do Ministério Público que, por sua natureza, ainda pode ser tida tradicional e atualmente como um *ambiente cultural avesso ao planejamento e controle.*

Para que essa idéia se torne uma realidade, para que haja trabalho e conscientização coletiva dos membros sobre a necessidade de prevalecer a expressão objetiva de uma *vontade-geral* coletiva democraticamente escolhida e *pactuada*, sem que isso implique em desrespeito ao núcleo de independência funcional, fundamental o papel pedagógico e controlador da Corregedoria-Geral no sentido de orientar e fiscalizar as medidas passíveis de serem adotadas para que, vencidas as resistências possíveis, estabelecida a pauta de convergência e o consenso necessário, seja propiciado ambiente de maior sinergia e integração institucional capaz de concretizar a realização plena da idéia

---

[14] *"Diz-se, com toda a razão, que uma corporação não possui consciência; mas uma corporação de homens conscientes é uma corporação com uma consciência"* (THOREAU, Henry David. "A desobediência civil").

[15] Lembrando que estudo recente, consistente no "Diagnóstico do Ministério Público dos Estados", trabalho brilhantemente coordenado pela Professora Maria Tereza Sadek no âmbito do Ministério da Justiça, publicado em 2006, mostrou que a proporção entre o número ativo de servidores do Ministério Público Estadual frente ao Poder Judiciário da mesma esfera é da ordem ínfima e constrangedora de 0,07)

[16] Problemática que precisa ser objeto de discussão e prioridade na gestão do Ministério Público, não se admitindo que haja descriterioso e desordenado avanço oneroso na aquisição e da contratação desordenada de membros quando, de regra, faltam servidores e órgãos auxiliares para cumprimento das funções periféricas indispensáveis ao bom andamento dos serviços ministeriais.

[17] Afinal, já se foram 60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) e até então não existe outro e melhor marco teórico a ser trabalhado que não a efetivação dos seus postulados em prol da sociedade livre, justa e solidária e demais objetivos do Estado brasileiro (artigo 3º, da CRFB).

[18] "Planejamento das atividades das Procuradorias e Promotorias de Justiça – complemento necessário ao planejamento estratégico e aos planos gerais de atuação dos Ministérios Públicos Estaduais".

do planejamento estratégico não como protocolo de intenções, mas sim como importante instrumento para fortalecimento do Ministério Público enquanto corporação.

Na dinâmica correcional e disciplinar do Ministério Público, a aparente falta de percepção e efetiva compreensão das atividades extrajudiciais como objeto de orientação e fiscalização parece ser um dos principais, senão o mais importante fator que tem prejudicado a efetividade da atuação correcional na assimilação e consolidação do perfil constitucional. Tal situação traz reflexo preocupante e nocivo a partir do desafio que é a concretização do planejamento estratégico institucional, meta que, na visão aqui sustentada, está calcada fundamentalmente no desempenho de atribuições extrajudiciais, as quais permitem prévia organização, coordenação, eleição de prioridades e planejamento. Se a própria Corregedoria-Nacional já manifestou a preocupação em ter *conhecimento dos fatores que estrangulam ou facilitam a efetividade da atuação correcional,* conforme Relatório de Atividades da Corregedoria-Nacional do Ministério Público (2006), olhar com prioritária atenção a qualidade e a eficácia do desempenho das atribuições extrajudiciais talvez seja o grande desafio para êxito e sucesso do planejamento estratégico institucional.

Nessa linha de raciocínio, o planejamento estratégico institucional adequado e discutido com a classe, permeado da participação da sociedade, tem tudo para ser instrumento fundamental para que a Corregedoria do Ministério Público possa fazer revisão crítica da sua estrutura e, inclusive, readequar o perfil, a sistemática e a metodologia de sua atuação como relevante mecanismo que compõe a complexa engrenagem da Administração Superior.

Enraizada a problemática do positivismo jurídico na formação jurídica e na mentalidade da maior parte dos operadores do direito, por mais que a questão do planejamento estratégico e a necessidade da sua observância não constem expressamente como dever funcional, se for o caso, que se faça alteração e aperfeiçoamento legislativo nesse sentido, o mesmo podendo ocorrer com a lista de atividades finalísticas da Corregedoria-Geral, sem prejuízo de que este órgão, na melhor leitura de suas atribuições constantes no artigo 17, incisos I, II, IV, VII e VII, desde já possa concretizar o papel aqui idealizado a partir da exegese adequada da sua razão de ser com os artigos 127, 129 e 37 da Constituição da República.

O planejamento estratégico institucional como *paradigma* visto e reconhecido como *constelação dos compromissos de grupo* (KHUN)[19], uma vez devidamente implementado e fiscalizado com o apoio da Corregedoria-Geral à luz do princípio da eficiência, do mérito, da valorização e, se for o caso, também como *matriz disciplinar* constitutiva da responsabilidade funcional, ainda que elaborado sob a inexorável sensação do "símbolo" e da "falta" (LACAN), constitui decisiva ferramenta para que o Ministério público desempenhe com eficiência sua missão constitucional através de maior interação corporativa e maior interlocução com a sociedade.

Conclusão

Ao mesmo tempo em que o planejamento estratégico institucional constitui relevante instrumento científico e técnico capaz de desafiar a Corregedoria a exercer o seu papel de controle interno necessário à instituição mediante orientação e fiscalização, esta proposta de planejamento paradoxalmente tem a plena virtude e potencialidade de propiciar fortalecimento e maior dimensão à importância de a Corregedoria-Geral contribuir para que o Ministério Público siga seu próspero caminho constitucional cada vez mais sólido e fortalecido, em prol da sociedade, destinatária última e finalística de todas as ações ministeriais.

Em sede de encerramento, portanto, buscando condensar as principais matrizes de pensamento e a fundamentação exposta, submete-se a apreciação do presente artigo a partir das seguintes e principais proposições:

1. As Corregedorias-Gerais precisam de redimensionamento epistemológico e metodológico no cumprimento do seu papel de orientação e fiscalização das atividades funcionais para que a sua atuação implique no fortalecimento da identidade constitucional do Ministério Público, notadamente no campo extrajudicial e na concretização do planejamento estratégico institucional;

2. É necessário maior protagonismo na atuação da Corregedoria-Geral no cumprimento do seu papel, especificamente no que diz respeito às eventuais omissões dos agentes ministeriais praticadas no âmbito das operosas e múltiplas atribuições extrajudiciais de órgão agente, espaço no qual se constata a maior necessidade de a instituição do Ministério Público atuar e organizar a sistematização de suas ações para fugir da inércia não fundamentada que conduz ao enfraquecimento institucional e ao descumprimento do planejamento estratégico institucional.

3. No trabalho permanente de orientação e fiscalização para o cumprimento do planejamento estratégico institucional, é de se entender que a Corregedoria deverá buscar equilíbrio entre os princípios da unidade e da independência funcional;

---

[19] A expressão aqui é de Thomas Khun, segundo o qual *"(...) valeria a pena perguntar: dentre o que é partilhado por seus membros, o que o que explica a relativa abundância da comunicação profissional e a relativa unanimidade de julgamentos profissionais? (...) um paradigma ou um conjunto de paradigmas. (...) todos ou quase todos os compromissos grupal que meu texto original designa como paradigmas, partes de paradigma ou paradigmáticos, constitui essa matriz disciplinar e como tais formam um todo, funcionando em conjunto. Contudo, essses elementos não serão discutidos como se constituíssem uma única peça.*

4. Mesmo no âmbito do planejamento estratégico, o conteúdo e a forma da intervenção do membro do Ministério Público no âmbito resolutivo ou demandista, sob o ponto de vista técnico-jurídico, incluindo sua interpretação e entendimento, são questões imunes à interferência ou imposição de postura de parte da Corregedoria enquanto órgão da Administração Superior;

5. A possibilidade de controle, cobrança e fiscalização, por mais que seja inerente ao papel da Corregedoria-Geral, especificamente no âmbito do acompanhamento da planificação estratégica, deverá ser exercida com redobrada responsabilidade e razoabilidade, considerando todos os elementos que compõem a factibilidade de determinado órgão de execução fazer frente e cumprir com eficiência suas múltiplas e complexas atribuições, o que inclui necessariamente a verificação da estrutura administrativa e, sobretudo, humana, particularmente no que tange à notória falta e insuficiência quantitativa[20] ou qualitativa de órgãos auxiliares.

6. A Corregedoria-Geral, em harmonia com os demais órgãos da Administração Superior, pelo simples exercício eficiente das suas atribuições ordinárias, tem plenas condições não apenas de recolher informações relevantes ao monitoramento do planejamento estratégico institucional mediante uso de adequada tecnologia como, também, de verificar os prazos e a forma mais eficiente através da qual é possível fazer o acompanhamento dos resultados obtidos e das facilidades e dificuldades encontradas no caminho, instrumento decisivo não só para alimentar balanço crítico entre o desejado e o realizado, como, sobretudo, para motivar os membros ministeriais a mostrar e divulgar à sociedade os efeitos práticos e positivos das suas ações em prol do bem comum e, sobretudo, do cumprimento dos direitos humanos fundamentais.

7. Para que haja trabalho e conscientização coletiva dos membros sobre a necessidade de prevalecer a expressão objetiva de uma *vontade-geral* coletiva e democraticamente escolhida e *pactuada,* fundamental o papel pedagógico e controlador da Corregedoria-Geral no sentido de orientar e fiscalizar as medidas passíveis de serem adotadas para que, vencidas as resistências possíveis, estabelecida a pauta de convergência e o consenso necessário, seja propiciado ambiente de maior sinergia e integração institucional capaz de concretizar a realização plena da idéia do planejamento estratégico não como protocolo de intenções, mas sim como importante instrumento para fortalecimento do Ministério Público enquanto corporação.

8. Enraizada a problemática do positivismo jurídico na formação jurídica e na mentalidade da maior parte dos operadores do direito, por mais que a questão do planejamento estratégico e a necessidade da sua observância não constem expressamente como dever funcional, se for o caso, que se faça alteração e aperfeiçoamento legislativo nesse sentido, o mesmo podendo ocorrer com a lista de atividades finalísticas da Corregedoria-Geral, sem prejuízo de que este órgão, na melhor leitura de suas atribuições constantes no artigo 17, incisos I, II, IV, VII e VII, desde já possa concretizar o papel aqui idealizado a partir da exegese adequada da sua razão de ser com os artigos 127, 129 e 37 da Constituição da República.

9. O planejamento estratégico institucional constitui paradigma capaz de sintetizar constelação dos compromissos de grupo que, uma vez implementada e fiscalizada com o apoio da Corregedoria-Geral, à luz do princípio da eficiência, do mérito, da valorização, também pode constituir matriz disciplinar constitutiva da responsabilidade funcional, decisiva ferramenta para que o Ministério público desempenhe com eficiência sua missão constitucional através de maior interação corporativa e maior interlocução com a sociedade.

Referências bibliográficas:

ALBUQUERQUE, Francisco Sales de. *Ministério Público: entre o sucesso e o colapso institucional*, artigo publicado na obra "Diagnóstico do Ministério Público dos Estados" (2006) elaborada sob apoio do Ministério da Justiça e sob a Coordenação da Professora MARIA TERESA AINA SADEK.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova suma divisio constitucionalizada.* Editora Del Rey, 2008.

SILVA, Cláudio Barros. *O Ministério Público e os vinte anos da Constituição Federal.* APMP em Revista, dezembro de 2008, ano II, n. 3.

BERCLAZ, Márcio Soares. MOURA, Millen Castro Medeiros. *Para onde caminha o Ministério Público: Um novo paradigma: racionalizar, regionalizar e reestruturar órgãos auxiliares para assumir a identidade constitucional.* Caderno de Teses do XVII Congresso Nacional do Ministério Público. Salvador/BA, 2007, também publicada na obra "20 anos da Constituição e o Parquet" da Editora Lumen Júris, 2008.

BOBBIO, Norberto. Do fascismo à democracia. Editora Campus, 2007.

[20] Lembrando que estudo recente, consistente no "Diagnóstico do Ministério Público dos Estados", trabalho brilhantemente coordenado pela Professora Maria Tereza Sadek no âmbito do Ministério da Justiça, publicado em 2006, mostrou que a proporção entre o número ativo de servidores do Ministério Público Estadual frente ao Poder Judiciário da mesma esfera é da ordem ínfima e constrangedora de 0,07)

BRASIL, Ministério da Justiça – Secretaria de Reforma do Judiciário. *Diagnóstico do Ministério Público dos Estados*, Brasília, 2006.

CAPRA, Fritjof. *O ponto de mutação.* Editora Cultrix, 2006.

GOULART, Marcelo Pedroso. *Princípios institucionais do Ministério Público: a necessária revisão conceitual da unidade institucional e da independência funcional.* Caderno de Teses do XVII Congresso Nacional do Ministério Público. Salvador/BA, 2007.

JATAHY, Carlos Roberto de Castro. *Princípios institucionais do Ministério Público.* Editora Lumen Juris, 3ª edição, 2008.

KHUN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas.* Editora Perspectiva, 2007.

KIRK, Andrew. *Desobediência Civil de Thoreau.* Jorge Zahar Editor, 2004.

LUXEMBURGO, Rosa. *Reforma ou Revolução.* Editora Expressão Popular, 1999.

MASOTTA, Oscar. *Introducción a la lectura de Jacques Lacan.* Editora Eterna Cadencia, 2008.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos.* Revista dos Tribunais, 1981.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social.*_____.

ZIZEK, Slavoj. *Bem-Vindo ao Deserto do Real*, Boitempo Editorial, 2003.

ZUFFO, Max. *Planejamento de Atividades das Procuradorias e Promotorias de Justiça – Complemento necessário ao Planejamento Estratégico e aos Planos Gerais de Atuação dos Ministérios Públicos Estaduais.* Caderno de Teses do XVII Congresso Nacional do Ministério Público. Salvador/BA, 2007.

061

A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NOS PROCEDIMENTOS DE ADOÇÃO INTERNACIONAL

Maria Neves Feitosa Campos e Daniele Bomfim Máximo

Procuradora de Justiça/CE e Técnica Ministerial/CE

SÍNTESE DOGMÁTICA

A Atuação do Ministério Público nos processos de adoção internacional, especialmente perante as Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção Internacional deve ser unificada em todos os Estados do Brasil.

Com efeito, a situação encontrada ao traçar-se o perfil da participação do *Parquet* nos procedimentos de adoção internacional realizados no país em nada contribui para o aprimoramento do Sistema de Cooperação Internacional e Proteção de Crianças e Adolescentes em Matéria de Adoção Internacional, incorporado ao nosso ordenamento com a internalização da Convenção de Haia.

O problema tem seu nascedouro na forma de instituição das CEJAIS, que, apesar de estarem obrigatoriamente instaladas em todos os Estados da Federação, têm sua criação e organização a cargo de cada Tribunal de Justiça.

Não há de se aceitar que os membros do Ministério Público oficiantes nos procedimentos de adoção internacional participem ativamente do julgamento dos processos submetidos às Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção Internacional, sob pena do comprometimento de seu *múnus*.

O voto dos Promotores ou Procuradores de Justiça oficiantes nas CEJAIS nos procedimentos de habilitação para Adoção internacional deve ser abolido. Estes membros devem atuar oferecendo manifestações opinativas, com a análise da regularidade do procedimento, e nunca decidindo.

Uma medida que se mostra adequada é a provocação do Conselho Nacional do Ministério Público, através de pedido de providências a respeito da fragmentação da atuação do *Parquet* nos procedimentos de Adoção internacional realizados nos Estados, levando ao conhecimento do Órgão a existência de diversas leis estaduais que dão assento ao Ministério Público nas CEJAIS e de algumas que até prevêem o voto dos membros da Instituição nos procedimentos de habilitação para Adoção internacional, em afronta à autonomia do *Parquet*. Tal medida deve resultar na elaboração de resolução do CNMP que norteará os membros do Ministério Público na postura que devem adotar na fiscalização da Adoção internacional.

Não se pode olvidar, de igual sorte, a possibilidade de edição de lei ordinária, de caráter nacional, que uniformize a participação do Ministério Público na Adoção internacional. A propositura de tal dispositivo normativo fica a cargo do Procurador Geral da República, visto que se trata de matéria processual, cuja competência para legislar é da União.

Por fim, ressalta-se que estas ações incisivas devem ser somadas ao necessário e proveitoso intercâmbio de informações entre os membros do *Parquet* atuantes nas CEJAIS, com a realização de reuniões periódicas, elaboração de estudos e definição de entendimentos comuns a serem seguidos em face dos diversos problemas que surgem no trâmite do processo de Adoção internacional.

I. INTRODUÇÃO

A adoção internacional é um tema ligado tanto aos direitos humanos (internacionais), quanto aos direitos fundamentais (constitucionais). Neste procedimento, a atuação do Ministério Público, legitimado a zelar pelos direitos fundamentais e a fiscalizar os tratados internacionais, é imprescindível. No entanto, seu papel nos órgãos que disciplinam e realizam a adoção internacional no Brasil é bastante diversificado.

Com a ratificação da Convenção sobre Cooperação Internacional e Proteção de Crianças e Adolescentes em Matéria de Adoção Internacional, realizada em Haia, no ano de 1993, e introduzida em nosso ordenamento jurídico

pelo Decreto nº. 3.087/99 buscou-se estabelecer um sistema de garantias para que as adoções internacionais fossem efetuadas com o resguardo ao interesse superior da criança e do adolescente e com respeito aos seus direitos fundamentais.

Dentro desse sistema de cooperação, verifica-se a figura da Autoridade Central, a quem compete dar cumprimento às obrigações assumidas pelo Tratado.

No Brasil, o exercício da função de Autoridade Central foi desmembrado entre a União e os Estados Federados, com a existência de uma Autoridade Central Federal (representada pela Secretaria Especial de Direitos Humanos) e de Autoridades Centrais no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, as chamadas Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção (CEJAS ou CEJAIS), e a constituição do Conselho das Autoridades Centrais Brasileiras, composto por representantes dos Estados federados, do Distrito Federal, do Ministério das Relações Exteriores e do Departamento de Polícia Federal.

A controvérsia se dá na relação do Ministério Público com os órgãos criados para realização da adoção internacional, pois ocorre aqui uma fragmentação e atuação de forma desigual da instituição nos diversos Estados da Federação. Esta situação, que se entremostra conflituosa deve ser revertida em prol da sociedade, desde que haja uma convergência de esforços intelectuais de modo a interagir os membros do Ministério Público, encontrando soluções de atuação com a finalidade de adequar as atribuições do Parquet à estrutura dos processos de adoção internacional no Brasil.

Num enfoque mais moderno e levando-se em conta as finalidades que circundam o ato de adotar, tem-se que a adoção consiste na inserção de uma criança ou adolescente de forma definitiva numa ambiência familiar, de modo que a este indivíduo sejam oferecidas condições para o seu desenvolvimento físico e psicológico e propiciada uma convivência harmônica com a sociedade, com a aquisição de um vínculo jurídico típico da filiação, no caso da ausência dos pais biológicos, quando estes são considerados inaptos por autoridade competente ou quando anuem com a adoção.

O instituto ganha novos contornos quando se trata da adoção internacional, com a transferência de uma criança ou adolescente para outro país com língua, costume e ideologia diversas de sua realidade. Desta mudança pode advir uma série de problemas para os adotados, tanto sociais, quanto jurídicos, do que resulta a premente necessidade de estudo do tema.

A adoção internacional, também denominada de adoção inter-racial ou transnacional, na qual o adotante é residente ou domiciliado fora do país de origem do adotado, além do caráter excepcional próprio do instituto da adoção, acontece no Brasil de forma subsidiária à adoção realizada por nacionais, ou seja, somente é efetivada quando exauridas as possibilidades de colocação da criança ou do adolescente em sua família ou em família substituta nacional. Possui, ainda, procedimento específico, disciplinado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e recentemente alterado pela Lei nº. 12.010, de 3 de agosto de 2009.

Neste sentido a adoção internacional não se resume àquela realizada por estrangeiros, mas por pessoas residentes ou domiciliadas fora do Brasil; abrange, portanto, todos os casos em que haverá deslocamento da criança ou do adolescente para país diverso do da sua naturalidade. O critério utilizado pelo legislador ordinário, como salienta Luciano Alves Rossato[1] ao comentar a Nova Lei da Adoção, é territorial.

II. O PROCEDIMENTO DE ADOÇÃO INTERNACIONAL

O procedimento de adoção internacional é dividido em duas fases, a saber, uma extrajudicial, que ocorre perante as Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção Internacional – CEJAS ou CEJAIS – e outra judicial, processada na Vara da Infância e da Juventude.

Entende-se que a mais importante fase do procedimento de adoção internacional é a fase extrajudicial: trata-se da habilitação dos interessados perante as CEJAIS.

De acordo com a lição de Wilson Donizeti Liberati[2], em consonância com a nova disciplina da matéria (art. 51, §3º do Estatuto da Criança e do Adolescente), a habilitação dos interessados perante a CEJAI constitui verdadeira condição de procedibilidade para a fase judicial da adoção internacional, conferindo legitimidade aos interessados para requererem judicialmente a adoção.

É nesta fase que a atuação do Ministério Público encontra-se fragmentada e desigual nos vários Estados do Brasil.

As CEJAIS, órgãos estaduais auxiliares do Poder Judiciário de existência obrigatória, não possuem composição uniforme nos diversos Estados do Brasil, o que decorre da sua livre criação pelo Judiciário Estadual. Este fato se mostra um obstáculo à integração e ao aperfeiçoamento do instituto da adoção internacional no território nacional.

---

[1] ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. **Comentários à Lei Nacional da Adoção – Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009**; e outras disposições legais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 59.

[2] LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adoção – Adoção Internacional**; doutrina e jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 48.

Uma vez analisados os documentos necessários ao processamento do pedido de habilitação, presentes todos os requisitos legais atinentes à adoção internacional, a CEJAI expede o Laudo de Habilitação, documento que autoriza o interessado estrangeiro a requerer a adoção de uma criança ou adolescente brasileiro perante a Vara da Infância e da Juventude, que segundo as novas regras para adoção tem o prazo de validade de no máximo um ano (art. 52, VII do ECA).

Sabe-se que o papel das Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção Internacionais é de fundamental importância para um processo legítimo de adoção internacional. O trabalho dos psicólogos, assistentes sociais, médicos, dentre outros profissionais, dá idoneidade ao procedimento, permitindo que os juízes que compõem a Comissão, bem como os membros do Ministério Público, ao analisarem os processos, possam emitir seus votos/pareceres em consonância com o melhor interesse dos pretensos adotados.

Desta feita, a despeito de o resultado do procedimento de habilitação perante a CEJAI não vincular o magistrado titular da Vara da Infância e da Juventude, percebe-se que o certificado de habilitação expedido pela comissão, é de suma importância para que a adoção seja concretizada, não podendo ser efetuada adoção internacional sem a prévia submissão dos interessados a esta fase do procedimento, demonstrando que o interessado está preparado e apto para requerê-la.

Há de se salientar que o procedimento de habilitação para adoção por estrangeiros é sigiloso, gratuito e não necessita da presença de advogado.

O Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que o Juiz da infância e da juventude, ou a autoridade judiciária que o valha, é competente para conhecer dos pedidos de adoção.

Uma vez habilitado, o interessado deve protocolar requerimento perante a Vara da Infância e da Juventude. A petição deve estar instruída com o Laudo ou Certificado de Habilitação, além dos documentos pessoais do requerente, bem como os da criança ou do adolescente indicado pela CEJAI.

Em caso de concordância dos pais do adotando com a adoção, deverá haver declaração expressa de anuência à autoridade judiciária e ao representante do Ministério Público, precedida de orientações e esclarecimentos da equipe interprofissional da Justiça da Infância e da Juventude.

Nestas situações, bem como nos casos em que houve prévia destituição do poder familiar, observado o regramento próprio da espécie, desenvolver-se-á um procedimento de jurisdição voluntária, já que inexiste lide e não será preciso a angularização da relação processual, com a oportunização do contraditório. A presença de advogado, deste modo, será facultativa. Isto ocorre com a precípua finalidade de dar celeridade ao procedimento.

Diferentemente, se, no momento da propositura da ação, os pais biológicos da criança ou do adolescente estiverem ausentes ou se na regência do poder familiar, não concordarem com o pedido de adoção, estabelecer-se-á o procedimento contraditório. Com a necessidade da constituição de advogado pelas partes.

Outro ponto a ser destacado é a necessidade de realização de estágio de convivência entre adotante e adotando.

Na adoção internacional, o cumprimento de estágio de convivência entre os interessados na adoção e a criança ou o adolescente é obrigatório e terá prazo mínimo de 30 (trinta) dias, como dispõe o novo regime jurídico da adoção. Este período, que deve ser cumprido em território nacional, será acompanhado por uma equipe interprofissional que apresentará, ao seu final, relatório minucioso sobre a conveniência do deferimento da adoção.

O trabalho da equipe de assistentes sociais, médicos, pedagogos, psicólogos, dentre outros profissionais que atuam acompanhando e avaliando o estágio de convivência, norteia a decisão do Juiz no processo de adoção. O resultado desse estudo, se concluir que a experiência não foi boa para uma das partes ou para ambas, pode impedir que a adoção se concretize.

Nas ações de adoção, o Promotor de Justiça oficiante na Vara da Infância e da Juventude atua como *custos legis*, analisando a regularidade do processo e pode, quando entender necessário, requerer diligências, bem como interpor recursos às decisões contrárias aos interesses do menor. Todos esses cuidados têm o fito de garantir o resguardo dos direitos da criança e do adolescente.

Ultrapassada a instrução processual e após a manifestação do *Parquet*, o Juiz processante da Ação de Adoção proferirá sentença definitiva. Para proferir tal *decisum*, no entanto, o magistrado não deverá estar atento somente aos aspectos legais que envolvem a matéria, mas deve, principalmente, verificar se a adoção é a medida mais benéfica para a criança ou o adolescente.

A sentença prolatada, nos dizeres da legislação protetiva da Infância e da Juventude, constitui o vínculo da adoção e, depois de esgotados os possíveis recursos, tem caráter irrevogável, impedindo o restabelecimento do vínculo jurídico do adotado com seus pais biológicos.

III. O MINISTÉRIO PÚBLICO E A ADOÇÃO INTERNACIONAL

Dentro das atribuições expressamente outorgadas pelo texto constitucional ao Ministério Público, está a defesa dos direitos da criança e do adolescente. Cabe ao membro do *Parquet,* sob pena de descumprimento do dever funcional, a proteção aos direitos da criança e do adolescente. Esta atuação vai além do dever de agir na repressão de atos infracionais, devendo tutelar todos os direitos e garantias dados aos menores.

É nesta senda que se vislumbra a necessidade de participação do *Parquet* nos procedimentos de adoção internacional, analisando a regularidade formal e material do processo e buscando sempre resguardar os interesses da criança e do adolescente.

Reconhece-se o relevante trabalho do Ministério Público desenvolve importante nas Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção Internacional. Todavia, como essa atuação não se dá de forma uniforme nas CEJAIS do país, aborda-se, inicialmente a título de ilustração, a CEJAI-CE e, em segundo momento, comenta-se a postura do *Parquet* nas Comissões dos demais Estados brasileiros.

IV. O MINISTÉRIO PÚBLICO NA COMISSÃO ESTADUAL JUDICIÁRIA DE ADOÇÃO INTERNACIONAL DO ESTADO DO CEARÁ – CEJAI-CE

A Comissão Estadual Judiciária de Adoção Internacional do Ceará está prevista no Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, dentro do Capítulo denominado "Dos Órgãos Permanentes", no artigo 40, que dispõe:

> Art. 40 - São órgãos permanentes do Tribunal os seguintes:
> I - Conselho Judiciário para a Infância e Juventude;
> II - Comissão de Regimento Interno e Assessoria Legislativa;
> III - Comissão de Jurisprudência e Biblioteca;
> IV - Comissão de Informática;
> V - Comissão Estadual Judiciária de Adoção Internacional;
> VI - ESMEC - Escola Superior da Magistratura.

A CEJAI-CE é um órgão vinculado ao Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, que funciona por delegação e tem como atribuição prioritária a concentração e julgamento dos pedidos de habilitação para a adoção internacional.

Foi criada pela Lei n° 13.545, de 02 de fevereiro de 2004, que em seu artigo 2° dispõe:

> Art. 2º. **Fica criada a Comissão Estadual Judiciária de Adoção Internacional do Ceará – CEJAI, órgão permanente do Poder Judiciário do Estado do Ceará, com a incumbência de ser a Autoridade Central, no âmbito do Estado, para fins de aplicação da Convenção de Haia e, em obediência ao Decreto Federal nº 3.174, de 16 de setembro de 1999, com a finalidade de orientar, executar e fiscalizar a aplicação do disposto nos arts. 50 a 52 e parágrafo único da Lei nº 8.069, de 15 de junho de 1990, sendo responsável pela atuação em todos os processos de adoção internacional, dentro da jurisdição do Estado do Ceará.**
> Parágrafo único. A Comissão Estadual Judiciária de Adoção Internacional do Ceará – CEJAI, é composta por seis membros, sendo:
> I – um Desembargador, que exercerá as funções de Presidente da Comissão, designado pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, com anuência do Tribunal Pleno, para cumprir mandato concomitante ao biênio do Presidente que o nomeou, permitida uma recondução;
> II – quatro Juízes de Direito vitalícios, integrantes de entrância especial, cada um com seu respectivo suplente, por indicação do Presidente da CEJAI e nomeados pelo Presidente do Tribunal de Justiça, sem prejuízo de suas normais funções judicantes, sendo um deles designado Coordenador, escolhido pelo Presidente da CEJAI, ad referendum do Tribunal Pleno;
> III – **um membro do Ministério Público de 2º grau, designado pelo Procurador-Geral de Justiça.** (grifou-se).

O órgão funciona com a composição acima disposta. Os procedimentos de habilitação são distribuídos para um Juiz que atuará como relator.

O processo, após a análise da comissão interdisciplinar que verifica a documentação apresentada pelo interessado, é encaminhado ao Ministério Público, onde o Procurador de Justiça designado para atuar perante a CEJAI verificará a regularidade do processo e ofertará manifestação, opinando pela habilitação ou não dos interessados.

Quanto à participação de um Procurador e não de um Promotor de Justiça na composição da CEJAI-CE, entende-se ser correta, tendo em vista que, se fosse um membro de 1ª instância a participar da Comissão, existiria a possibilidade de o mesmo Promotor interferir no Procedimento de Habilitação e da Ação de Adoção, incorrendo na possibilidade de vulnerar a fiscalização do processo como um todo.

Na reunião seguinte da Comissão, presente o membro do *Parquet* como *custos legis*, o processo será levado a julgamento. O relator proferirá seu voto, que será seguido ou não pelos demais magistrados componentes da CEJAI.

Deferida a habilitação, será selecionada, dentre as disponíveis para adoção, uma criança que se mostre inicialmente compatível com o adotante.

Esgotada esta fase, o processo de adoção desenvolver-se-á judicialmente.

V. O MINISTÉRIO PÚBLICO NAS CEJAIS DOS DEMAIS ESTADOS

Quanto ao perfil geral da Atuação do Ministério Público nas Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção Internacional instaladas nos Estados dos Brasil, a partir da análise da composição e funcionamento destes órgãos, percebe-se que não existe uniformidade nesse campo de atuação da instituição.

Configura-se uma grande divergência na prática funcional do *Parq*uet nas unidades da Federação. Em alguns Estados, o Ministério Público atua na CEJAI como membro da Autoridade Central com direito a voto. Noutros, mesmo compondo a Comissão, o Parquet atua somente na fiscalização dos procedimentos. Há, ainda, Estados em que o membro do Ministério Público atua como fiscal da lei, sem assento junto às comissões.

A Constituição Federal outorga ao Ministério Público autonomia funcional e administrativa. Dentro dessa idéia de autonomia no exercício de suas atribuições institucionais, é certo que o membro do Parquet não deve proferir voto nos processos de habilitação para adoção internacional.

É incompatível o exercício de sua função fiscalizatória com a efetiva participação nas decisões que serão tomadas pelas CEJAIS.

Não haverá ganhos na seara da proteção à infância e à juventude se o próprio o membro, que vota no processo, fiscalizar seu andamento. O membro do Ministério Público deve exercer uma fiscalização livre de comprometimentos, com sua isenção resguardada.

Desta feita, o oferecimento de manifestação opinativa nos procedimentos, tanto na fase extrajudicial (de habilitação), quanto na judicial (na Vara da Infância e Juventude), mostra-se como a mais abalizada forma de intervenção do Ministério Público nos procedimentos de adoção internacional.

Tais manifestações, por óbvio, não obstam outras ações que o membro do Parquet entender necessárias à proteção integral dos direitos da criança e do adolescente, como é o caso do oferecimento de recurso contra as decisões que julgar em dissonância com o interesse dos menores.

VI. CONCLUSÃO

1. A unificação da atuação do Ministério Público nos processos de adoção internacional no Brasil levará ao aprimoramento do Sistema de Cooperação Internacional e Proteção de Crianças e Adolescentes em Matéria de Adoção Internacional.

2. Os membros do *Parquet* oficiantes nas CEJAIS não devem votar nos procedimentos de habilitação para adoção internacional, mas sim atuar oferecendo manifestações opinativas, com a análise da regularidade do procedimento.

3. O Conselho Nacional do Ministério Público deve ser provocado a fim de elaborar resolução que norteie a atuação do Ministério Público na fiscalização da adoção internacional.

4. O Ministério Público pode encaminhar, a partir de iniciativa do Procurador Geral da República, projeto de lei ordinária, de caráter nacional, que uniformize a participação da Instituição na adoção internacional.

5. O intercâmbio de informações entre os membros do *Parquet* atuantes nas CEJAIS é essencial e deve ocorrer com a realização de reuniões periódicas, elaboração de estudos e definição de entendimentos comuns a serem seguidos em face dos diversos problemas que surgem no trâmite do processo de Adoção internacional.

064

A ATUAÇÃO PRÓ-ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA BUSCA DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ythalo Frota Loureiro

Promotor de Justiça do Estado do Ceará

Síntese Dogmática

A atuação pró-ativa do Ministério Público (MP) consiste na execução de atividades que visem combater os fatores de risco da improbidade administrativa e da ineficiência grave da gestão pública, viabilizando a efetividade de direitos fundamentais. Em face da enorme discricionariedade e autonomia de atuação do MP e das largas atribuições do órgão na defesa e promoção de direitos *metaindividuais*, a atuação pró-ativa do MP tem como objetivo fiscalizar o funcionamento da administração pública, nas suas diversas áreas de atividade, combatendo a corrupção e a má gestão pública, exigindo a transparência dos gastos públicos e a publicidade dos atos da administração pública; bem como, mediante parcerias com a sociedade, exigir do poder público o cumprimento da legislação que prevê a efetiva participação da comunidade na formação e execução de políticas públicas, promovendo iniciativas visando à realização de atividades relacionadas ao *orçamento participativo*, ao efetivo funcionamento dos *conselhos de direitos* em que haja a representação da sociedade civil e ao funcionamento das *ouvidorias* dos poderes públicos.

Fundamentação

INTRODUÇÃO

No livro *A Síndrome da Rainha Vermelha: Policiamento e Segurança Pública no Século XXI*, Marcos Rolim destaca que "todas as pesquisas e estudos sobre o policiamento contemporâneo demonstram à exaustão é que o 'modelo reativo' não funciona e que todas as tentativas de renová-lo ou emprestar-lhe os meios necessários para alcançar seus pretendidos objetivos irão fracassar" (2006: 44). Ponderadas suas devidas peculiaridades, a afirmação poderia ser aplicada às atividades desenvolvidas pelos membros do Ministério Público (MP), em especial, às atividades não-tradicionais, que dizem respeito à defesa e à promoção de direitos fundamentais. A imensidão de atribuições, a larga autonomia e discricionariedade do MP estimulam as inesgotáveis expectativas da sociedade por *resolutividade*. Apesar da atuação diurna do MP, é fácil constatar que a grande maioria de seus membros faça uma breve síntese de seus sentimentos a respeito do próprio trabalho com a expressão *cansaço*. Sendo assim, preciso é refletir se os objetivos e os instrumentos estabelecidos pela Constituição Federal de 1988 ao MP são suficientes, por si só, para a efetivação de direitos fundamentais.

Definir o modelo reativo e o modelo pró-ativo de atuação do MP não é tarefa fácil. A ausência de compreensão e clareza quanto às atribuições do MP colaboram para uma certa indeterminação de seus objetivos. Na verdade, por parte da sociedade civil e dos representantes dos Poderes Públicos, não existe uma compreensão unívoca sobre as atividades do MP. Contudo, existe um grande apreço e adesão à idéia de se promover um órgão forte e autônomo em relação aos Poderes da República, que vise defender direitos da sociedade. Não obstante, a atuação do MP, na defesa dos interesses sociais, pode transparecer um aspecto paternalista, desestimulando a busca direta do cidadão pelos seus direitos, alimentando a visão de que "a sociedade brasileira é incapaz de defender seus interesses e que as instituições políticas tradicionais devem ser desacreditadas [...], e que a defesa de interesses socialmente relevantes precisa de uma instituição para protegê-los já que a população brasileira teria dificuldades nessa tarefa [...]" (SOARES: 2008: 154/155).

O modelo reativo de atuação pressupõe que o MP deva ser provocado, direta ou indiretamente, para atuar na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos sociais e individuais indisponíveis. Por outro lado, a atuação pró-ativa do MP poderia ser mais aproximada à idéia de *proteção preventiva* e não à dimensão repressiva natural de seu trabalho. O que se visa é uma identificação entre os membros do MP e a sociedade, esta como parceira em pró da efetividade de direitos fundamentais, em especial, daqueles que exigem posturas ativas do Estado, o que, geralmente, implica em repercussão financeira na sua realização. Nestes termos, é possível reduzir a violação de direitos fundamentais e obter a efetividade de direitos sociais com políticas públicas efetivas, sem aumentar o número de membros do MP, promovendo-se fortes parcerias com as comunidades, bem como se utilizando de abordagens de combate à fatores de risco, como a ausência de transparência dos gastos públicos, a escassa participação da sociedade no planejamento e na execução de políticas e de orçamentos públicos, o clientelismo político, o tráfico de influência, o assistencialismo, o paternalismo, a dificuldade de acesso à informações e de acesso ao Judiciário.

MINISTÉRIO PÚBLICO E A EFETIVIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como se sabe a Constituição Federal de 1988 não é apenas um documento onde estão garantidas as liberdades e através do qual se organiza democraticamente o Estado, governado, direta ou indiretamente, pelo povo. Trata-se de um documento histórico, concebido após um longo, doloroso e fracassado regime militar. Durante este período de exceção, a ordem constitucional foi desrespeitada, através dos atos de força do regime. No período subseqüente, ou seja, o da redemocratização, a sociedade civil exigiu uma nova ordem constitucional, que não se espelhasse nas constituições passadas. Sendo assim, não havia projeto de constituição. A nova ordem constitucional, que *zera a contabilidade jurídica*, foi reconstruída, sofrendo influência de diversas ordens.

De fato, o *lobby* eficiente da Confederação Nacional do Ministério Público, durante a constituinte, foi decisivo para o acompanhamento e a elaboração do capítulo da Constituição dedicado ao MP, conseguindo, com a aprovação do texto dos arts. 127, 128 e 129, uma enorme autonomia e discricionariedade de seus membros em relação aos demais Poderes. O MP, mesmo na condição instituição *contramajoritária* – cujos membros não são eleitos pelo voto popular – recebeu atribuições que superaram a sua então condição de *ombudsman* ou *defensor do povo*, para ser elevado a instrumento de efetivação de demandas sociais, o que, sem dúvida potenciou a *judicialização da política*. Se, no processo de transição do regime militar para o regime democrático, a Constituição Federal de 1988 é a prova do consenso político, uma vez que fundado na reconciliação de forças democráticas com forças não-democráticas, o MP ganhou um perfil inovador.

Em verdade, o MP já se encontrava na condição de *ombudsman* ou *defensor do povo*, porquanto ao mesmo era atribuída a tarefa de promover a ação civil pública para a defesa de interesses coletivos e individuais indisponíveis, com a aprovação da Lei Federal nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Assim, através do empenho dos membros da Confederação Nacional do Ministério Público, este perfil foi mantido e ampliado por meios de garantias institucionais e de atribuições funcionais exclusivas, possibilitando que seus membros tivessem uma atuação ainda mais ativa (SOARES: 2008: 100/101). Como bem afirma a cientista política Cátia Aida Silva:

> No contexto da politização crescente da Justiça, o Ministério Público torna-se um ator político singular, pois, situado na esfera jurídica, possui a função de defender interesses de cunho social. A defesa de interesses metaindividuais e de direitos constitucionais, bem como a fiscalização da administração pública, dá lugar a demandas constantemente dirigidas ao poder público. (2001: 22).

Portanto o MP foi remodelado para atuar em questões de natureza tradicionalmente políticas. Como afirma SOARES: "Em realidade, as esperanças de concretização de grande parte do Texto constitucional, em especial dos direitos fundamentais, foram depositadas justamente nas instâncias judiciais, ajustando-se às tendências do neoconstitucionalismo." (2008: 88/89). Da mesma forma destaca Fábio Kerche:

> [...] o novo Ministério Público é razoavelmente protegido de injunções político-partidárias mais cotidianas sobre a organização. A conclusão é que estamos diante de uma *quasi*-abdicação dos políticos, pouco comum quando se observa outros órgãos estatais no Brasil. (2007: 276/277).

KERCHE defende que esta "*quasi*-abdicação" pode ser encontrada em instituições existentes em outros países de forte tradição democrática, contudo, o que diferencia o MP brasileiro daqueles é que "os constituintes garantiram razoáveis graus de discricionariedade a estes atores não-eleitos do Estado" e que "É a possibilidade de exercer a discricionariedade, somada à autonomia, aos instrumentos de ação e ao amplo leque de atribuições, que transforma o Ministério Público em uma organização pouco comum à democracia." (2007: 277) Como se verá

adiante, esta afirmação não pode ser encarada com negativismo, mas como uma opção política dos constituintes em eleger um órgão para defesa efetiva dos direitos da sociedade, ao mesmo tempo em que ainda estabeleceu garantias de efetiva participação popular no controle e na formação de políticas públicas.

Segundo José Afonso da Silva, "A Constituição de 1988 preocupa-se com sua eficácia e aplicabilidade; para tanto, preordenou alguns instrumentos [...]", entre os quais o mandado de injunção (art. 5º., inciso LXXI), a ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º.) e a iniciativa popular (art. 61, §2º.). (2003: 164/165). O art. 5º., §1º., determina que "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.", o que significa que "o Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantidas, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes." (SILVA: 2003: 164/165). Para Ingo Wolfgang Sarlet, o "art. 5º, §1º, da CF impõe aos órgãos estatais a tarefa de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais." (2004: 262). Ou seja, mesmo levando-se que consideração normas de suficiente e de não-suficiente normatividade para sua efetividade, foi estabelecida aos órgãos estatais a tarefa de dar maior eficácia possível aos direitos fundamentais, independentemente de seu *fator custo*, inclusive porque este não pode constituir "um elemento impeditivo da efetivação pela via jurisdicional." (SARLET: 2004: 281). No âmbito da efetividade de direitos fundamentais, a principal inovação da Carta Magna de 1988 foi, sem dúvida nenhuma, o novo perfil do MP como instituição-garantia de efetividade de direitos fundamentais. SARLET destaca que:

> [...] o Ministério Público (na condição de instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado [art. 127, da CF 88] e com as prerrogativas que lhe foram conferidas pelo sistema constitucional vigente) constitui autêntica garantia institucional fundamental e, por esta razão, encontra-se protegido inclusive contra eventual supressão ou esvaziamento de suas garantias e atribuições por parte do poder de reforma constitucional. (2004: 197).

Parece-nos que o constituinte se atentou ao fenomenal trabalho de Korad Hesse, baseado em sua aula inaugural na Universidade de Freiburgo-RFA, em 1959, denominado "*A Força Normativa da Constituição.*". Ensina HESSE que:

> Em caso de eventual conflito, a Constituição não deve ser considerada, *necessariamente*, a parte mais fraca. Ao contrário, existem pressupostos realizáveis *(realizierbare Voraussetzungen)* que, mesmo em caso de confronto, permitem assegurar a força normativa da Constituição. Somente quando esses pressupostos não puderem ser satisfeitos, dar-se-á a conversão dos problemas constitucionais, enquanto questões jurídicas *(Rechtsfragen)*, em questões de poder *(Machtfragen)*. (1991:25).

O constitucionalista Luís Roberto Barroso destaca a força normativa da Constituição:

> Embora resultante de um impulso político, que deflagra o poder constituinte originário, a Constituição, uma vez posta em vigência, é um documento jurídico. E as normas jurídicas, tenham caráter imediato ou prospectivo, não são opiniões, meras aspirações ou plataformas políticas. (...) Ao nível lógico, nenhuma lei, qualquer que seja sua hierarquia, é editada para não ser cumprida. Sem embargo, ao menos potencialmente, existe sempre um antagonismo entre o *dever-ser* tipificado na norma e o *ser* da realidade social [...] (2003: 60).

Neste sentido, é que podemos considerar que o MP brasileiro possui uma condição privilegiada na Constituição, na medida em que, sendo qualificado como órgão permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, tem autonomia e discricionariedade em atuar no campo extrajudicial, procurando assegurar a força normativa da Constituição através da *articulação política não-partidária.*

De fato, existe uma tendência de se pensar o membro do MP como o principal órgão fiscalizador da Administração pública, por seu perfil não partidário – dado que não é eleito pelo voto popular e possui vedações claras que o impossibilitam conciliar a atuação profissional com as aspirações político-partidárias (art. 128, §5º., inciso II, alínea "e", da Constituição de 1988) – e pela impessoalidade que o cargo público exige. Em geral, os membros do MP não possuem ou mantêm fortes vinculações familiares ou pessoais com as comunidades a que servem, constituindo-se uma das únicas autoridades públicas na região sem pretensões ou inclinações políticas. Trata-se, em geral, de personalidade confiável, desinteressada e com grande poder de persuasão e articulação na vida da comunidade. Diferentemente do magistrado, a quem se espera uma conduta imparcial, o membro do MP deve ter uma postura impessoal, o que não impede que possa tomar partido em favor da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos coletivos e individuais indisponíveis, utilizando com exclusividade o poder de oferecer ações penais e instaurar investigações cíveis contra políticos e beneficiários de corrupção burocrática, contudo, sem poder de decisão no campo jurisdicional. Entre outras inovações, o novo perfil de MP foi a que garantiu a vinculação dos Poderes a um projeto efetivo de promoção de direitos fundamentais.

Segundo pesquisa de opinião pública realizada pelo Grupo IBOPE, em fevereiro de 2004, com 2.000 entrevistas, em 145 municípios do Brasil, o MP obteve uma avaliação positiva de 58% dos entrevistados, ficando em quarto colocado entre as instituições públicas citadas, perdendo apenas para a Igreja Católica, as Forças Armadas e a Imprensa. Entre dez instituições públicas mencionadas, o Poder Legislativo ficou em último colocado, com apenas 35% de imagem positiva. Apesar da grande aprovação, 43% dos entrevistados conhecem o MP só de ouvir falar e 37% o conhecem mais ou menos. No que diz respeito às áreas prioritárias de atuação do MP, mereceram destaque o combate à criminalidade em geral (39%), o combate à corrupção (35%) e a defesa da infância e juventude, idosos e deficientes (34%). Para 62% dos entrevistados, a atuação do MP deveria ser ampliada.

A maior parte dos entrevistados conhecem o MP através de casos relacionados à crimes comuns e à corrupção, como o do "Maníaco do Parque" (São Paulo), do Cantor Belo (Rio de Janeiro), do Juiz Nicolau (Lalau) (São Paulo) e da Máfia da Previdência – Caso Jorgina (Rio de Janeiro). Os casos de corrupção e de desvio de recursos públicos são os mais numerosos. Para aqueles que ouviram falar de pelo menos um caso, 61% dos entrevistados aprovam a atuação do MP. Para 37% e 49% dos entrevistados, a atuação do MP é muito importante e importante, respectivamente. 41% avaliam a atuação do MP como ótima / boa e 41%, regular, contra 7%, que avaliaram como ruim / péssima, percentual menor do que a de 9% que declarou não saber ou não opinou. Sendo assim, pode-se concluir que a população conhece o MP através dos casos em que atuam, que ganham destaque na imprensa, reputando a instituição como órgão voltado ao combate à criminalidade e à corrupção em geral, aprovando suas ações e desejando ainda a ampliação de sua atuação.

Assim, podemos concluir que o MP goza de uma enorme legitimidade perante a sociedade civil, contudo, em geral, as pessoas não sabem exatamente delimitar quais são as suas funções, tendo apenas uma visão geral de *defensor dos direitos do povo*. Em especial nos municípios, o membro do MP é visto como agente público local, fiscalizando e controlando a administração pública, podendo, com extrema legitimidade jurídica e social, exigir obrigações de cunho prestacional e processar os políticos que não cumprem a legislação.

MINISTÉRIO PÚBLICO COMO FISCAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O MP é um dos órgãos do denominado *controle institucional*, ou seja, realiza o controle interno do próprio Estado (SIRAQUE, 2009: 94). Diferente é o *controle social*, em que há participação direta de agentes não-estatais, ou seja, de grupos e entidades particulares ou de agentes estatais eleitos pela sociedade para compor órgãos em que haja a participação popular, como os *conselho de políticas públicas* (SIRAQUE, 2009: 99).

Contudo, entre os órgãos de controle externo, o MP possui uma posição privilegiada. Diferentemente dos demais legitimados à propor a ação civil pública (a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista, a associação constituída há pelo menos 1 (um) ano – art. 5º., da Lei Federal nº 7.347/1985), o MP é o único que possui um *perfil* quase que exclusivamente voltado à defesa de interesses sociais e individuais indisponíveis. Sendo assim, se aos demais pode ser exigido interesse específico e pertinência temática, ao MP, em geral, nada disto é postulado. Pelo menos até o presente momento, o MP é o único que pode promover, privativamente, a ação penal pública – quando o dano ou a lesão de interesse possuem repercussão na área criminal – e o inquérito civil, de tal forma que, através deste último, a instituição pode evitar lides temerárias. (GARCIA: 2008: 528). O MP busca não apenas o combate à corrupção burocrática e à desonestidade funcional, mas também procura equacionar o problema da má gestão pública. Como ensina Fábio Medina Osório, "(...) a boa gestão pública, enquanto exigência, oferece novos patamares de legitimação dos Poderes de Estado, recomendando o ideário da interdependência dialogada entre eles, no lugar da independência esquizofrênica." (2007: 49).

Dita o art. 37, *caput*, da Carta Magna que são princípios da administração pública a *legalidade*, a *impessoalidade*, a *moralidade*, a *publicidade* e a *eficiência*. Por seu turno, o art. 37, §4º., define que em razão cometimento de *atos de improbidade administrativa* importará o agente em suspensão dos direitos políticos, em perda da função pública, em indisponibilidade dos bens e em ressarcimento ao erário, sem prejuízo da ação penal cabível. A Lei Federal nº 8.429/1992, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito dos servidores públicos, também conhecida como "Lei Geral de Improbidade Administrativa", funciona como um *Código Geral de Conduta* dos agentes públicos brasileiros. (OSÓRIO, 2007: 185/188). Sendo assim, a tipologia prevista nos arts. 9º, 10 e 11, da Lei Federal nº 8.429/1992, em geral, precisa ser complementada, não somente pelos princípios constitucionais acima mencionados, mas, principalmente, por normas estabelecidas na Carta Magna e na legislação infraconstitucional. Em outros termos:

> Não é admissível cogitar-se de improbidade em razão da pura violação a princípios, sendo imprescindível que ocorra violação a regras completivas. Tampouco se tolera configuração de improbidade a partir da vulneração direta aos dispositivos da Lei Geral, sendo necessário constatar agressão a outros dispositivos complementares, inclusive com assento constitucional. (OSÓRIO, 2007: 466).

É preciso compreender e analisar a administração pública nas suas condições existenciais, dado que "direito não é somente um fenômeno normativo, isolado, abstrato, arrancado da vida, mas é ela mesma enquanto convivência humana, co-existência, compreensão compartida." (MAMAN: 2003: 78). Nestes termos, o MP deve possuir um olhar qualificado na fiscalização da administração pública para agir contra:

> [...] conduta transgressora das normas jurídicas valorizadas positivamente pela sociedade, a tal ponto que o intérprete se veja ante um comportamento ofensivo da ética institucionalizada no setor público, a partir da normativa incidente. Improbidade equivale à patologia ou disfunção organizacional, projetada endêmica ou individualmente, produzida por transgressões normativas qualificadas como especialmente relevantes. (OSÓRIO: 2007: 306).

Não se trata, propriamente de um olhar sociológico sobre patologias, mas um olhar funcional sobre comportamentos institucionalmente legitimados e consolidados. (OSÓRIO: 2007: 159).

Através deste olhar qualificado, o MP pode combater as principais *enfermidades* como a corrupção burocrática e a má gestão pública, utilizando-se dos meios jurídicos que possui a sua disposição. Ainda, o MP pode agir para uma efetiva aplicação dos princípios constitucionais, sugerindo comportamentos mais adequados à lei e a criação de regras claras e bem delimitadas em favor da promoção de garantias fundamentais, em especial, a transparência dos gastos públicos e a publicidade dos atos da administração pública. Isto pode ser obtido através de termos de compromissos visando a realização de auditoria permanente dos órgãos públicos e da sociedade e a publicidade imediata dos atos da administração, por meio de publicações de fácil acesso, inclusive, disponível na rede mundial de computadores, a *internet*, onde qualquer um do povo, a custos muito baixos, poderia ter acesso aos atos do Poder Público. Sobretudo, o importante é obter a mudança de atitude dos gestores públicos, em direção à transparência da execução orçamentária e dos atos da administração pública.

MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DO DIREITO DE PARTICIPAÇÃO POPULAR NA GESTÃO PÚBLICA

Não há a menor dúvida de que o novo perfil do MP pode dar margem à interpretações errôneas quanto a sua posição perante a sociedade. Para SOARES:

> [...] diante da falta de números sobre o impacto das ações do Ministério Público no tocante da maior efetividade do ordenamento jurídico brasileiro, o discurso da instituição pode apenas reforçar o *status quo*, por criar a ilusão de que problemas sociais estão sendo resolvidos ou poderão ser resolvidos através de instâncias judiciais, reforçando o papel simbólico das constituições brasileiras, que historicamente sofrem de falta de eficácia crônica. Na mesma direção, pode dificultar a consolidação de uma cidadania ativa em nosso país, pois subverte a função da própria defesa dos direitos transindividuais cuja finalidade é o envolvimento direto da sociedade civil organizada na busca de seus direitos. (2008: 155).

Parafraseando Pedro Lenza, que destaca as razões pelas quais o MP é órgão que mais propõe ações civis públicas (2003: 190-191), podemos colher várias razões para justificar a inércia do cidadão na busca direta por seus direitos, preferindo-se se valer do MP. Embora as associações possam promover a defesa de direitos coletivos estatutariamente previstos, apenas o MP possui a faculdade de instaurar o inquérito civil público, destinado à colheita de informações para eventual propositura da ação civil pública. Geralmente, as associações não possuem recursos suficientes para desenvolver atividades tão complexas como a defesa de direitos coletivos. Ademais, o cidadão não se sente estimulado a se associar e participar da gestão pública, deixando tudo a encargo do Estado paternalista, a quem cobra por pagar tributos. Por fim, existem dificuldades em conciliar a atividade de associação com a atividade política, de tal sorte que a promoção de direitos indisponíveis por estas associações pode tender a uma *politização oportunista*. Como afirma Vanderlei Siraque:

> Existem fatores políticos, culturais e jurídicos [...] que impedem ou dificultam a realização concreta do direito à participação popular e ao controle social das atividades do Estado. Dentre eles, citamos: clientelismo político; tráfico de influências; assistencialismo ou paternalismo político; as dificuldades de acesso ao Poder Judiciário; as dificuldades para acessar as informações públicas; a falta de cultura participativa e de fiscalização. (2009: 143).

Assim, na verdade, o perfil do MP, por si só, não colabora para a menor participação da sociedade nas questões relativas à Gestão Pública. É bem verdade que, como asseverou SOARES, em países com tradição democrática muito mais arraigada, não há um órgão estatal que possua atribuições tão ampliadas quanto o MP

(2008: 147/148). Contudo, não se pode dizer que o MP possua uma estrutura que desestimule o cidadão a participar diretamente da defesa de seus interesses. Ser *ombudsman* ou *defensor do povo* não significa impedir a sociedade civil de buscar diretamente seus direitos.

A leitura do inteiro teor da Constituição Federal indica que o cidadão possui o direito primário de controle da administração pública, obrigando o Poder Público a garantir acesso da sociedade na formação e execução de políticas públicas. No parágrafo único do art. 1º., dita que "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.". No art. 194, parágrafo único, inciso VII, da Carta Magna, é estabelecido que "A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social", através de uma "gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados." Da mesma forma, o art. 198, inciso III, estabelece a "participação da comunidade" nas ações e serviços públicos de saúde. Igualmente, nas ações governamentais na área da assistência social, é obrigatória a "participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis." (art. 204, inciso II e §1º., da Constituição de 1988).

A legislação infraconstitucional determina a participação da sociedade na Gestão Pública. Como bem asseverou SIRAQUE: "Com aprovação da Lei n. 10.257/2001, o *orçamento participativo* passou a não mais depender da vontade política das Administrações municipais. Tornou-se ele um dever e, até mesmo, uma condição para aprovação das leis do plano plurianual, de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual pela Câmara Municipal." (2009: 117). Neste sentido, para o Poder Público, a participação da sociedade é obrigatória, através da realização de audiências públicas, o que pode oferecer oportunidade para a realização do *planejamento participativo*.

O *orçamento participativo* e o *planejamento participativo* não são elementos ideológicos de determinadas facções políticas, mas sim, são ferramentas de inteligência gerencial. Ora, o orçamento público nem sempre poderá satisfazer todas as necessidades da comunidade, portanto é necessário definir prioridades, metas, estratégias e ações para satisfazer o maior número possível de direitos fundamentais. Para tanto, a Constituição Federal de 1988 determinou que os recursos públicos devam ser organizados pela comunidade e executados pelos governantes eleitos.

A legislação infraconstitucional é recheada de exemplos de *conselho de políticas públicas*, para administração democrática de recursos públicos e para a formulação de políticas públicas, em diversas áreas, como as de educação, segurança pública, saúde, assistência social, lazer, criança e adolescente, idoso, transporte público urbano, cultura, segurança alimentar, meio ambiente. (SIRAQUE, 2009: 123).

Para melhorar o acesso do cidadão aos serviços púbicos, ficou comum a criação de *ouvidorias* em diversos órgãos estatais e em todos os níveis da Federação, que possuem como finalidade promover a condição mediadora entre a comunidade e os órgãos públicos e a melhoria de qualidade dos serviços públicos.

Deste modo, não há a menor dúvida de que a *participação popular* constitua um direito fundamental, que pode ser defendido e exigido por todos, e, em especial, pelos membros do MP, conforme preceitua o art. 127, da Carta Magna. Como asseverou SIRAQUE: "O *controle social* é direito humano fundamental da primeira geração desses direitos, expressando-se no exercício da cidadania, e serve de meio para a proteção dos direitos individuais, coletivos e, mais recentemente, dos direitos difusos." (2009: 110).

Muitos são os casos em que a atuação do MP foi determinante na defesa da probidade administrativa e da moralidade pública no Brasil, nas décadas de 1990 e de 2000. Ainda assim, as atividades extrajudiciais ou não-tradicionais não têm sido suficientes para inibir o surgimento de mais e mais casos de corrupção ou de grave ineficiência da administração pública, de tal sorte que se faz necessário repensar o modelo de atuação dos membros do MP. Igualmente, não há evidências seguras, pela ausência de estudos, de que o trabalho extrajudicial tenha, de fato, colaborado de forma, pelo menos à níveis significativos, para a promoção de direitos fundamentais.

Segundo Cátia Aida Silva, que realizou um estudo entre promotores de justiça do interior e da Capital do Estado de São Paulo, existem tendências de atuação no campo da defesa de *interesses metaindividuais*, de tal sorte que se podem identificar qualidades peculiares relativa a duas categorias denominadas de *promotores de gabinete* e *promotores de fatos*. Assim categoriza:

> Definirei o promotor de gabinete 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 que está encarregado. Mais importante, o promotor de gabinete não usa os procedimentos extrajudiciais como meios de negociação, articulação e mobilização de organismos governamentais e não-governamentais. Já o promotor de fatos, conquanto proponha medidas judiciais e realize atividades burocráticas ligadas às suas áreas, 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. (2001: 91).

E arremata dizendo que:

> As novas atribuições constitucionais do Ministério Público na defesa de interesses metaindividuais resultam, conforme o grupo estudado, em distintas formas de atuação, por causa da abrangência da legislação recente e da independência funcional – que garante, como vimos no cotidiano dos promotores, uma considerável autonomia aos membros do Ministério Público. O tipo promotor de fatos indica a tendência de alargamento das funções dos promotores para muito além da esfera jurídica, tornando-os verdadeiros articuladores políticos nas comunidades em que trabalham. O tipo promotor de gabinete indica a leitura das novas atribuições do promotor dentro das fronteiras da esfera jurídica, definindo-o como agente judiciário cuja propriedade é o trabalho "processual" – propor e acompanhar medidas judiciais – e cuja ação na defesa dos interesses metaindividuais se dá, sobretudo, pela via judicial. De um lado, as novas atribuições constitucionais do Ministério Público são percebidas como fontes de poder a ser usado na "transformação da sociedade". De outro, causam desconforto por causa dos limites impostos pela realidade percebida e das fronteiras imprecisas entre as esferas jurídica e o universo de iniciativas de caráter social e político, exigindo mais do que um agente judiciário supostamente deveria e poderia fazer." (2001: 99/100).

Aproveitando-se as categorias definidas por Cátia Aida Silva, podemos afirmar que o *promotor de gabinete* está mais próximo ao modelo reativo de atuação do MP, porquanto, não obstante utilize instrumentos extrajudiciais, prefere ser provocado, direta ou indiretamente, para fazer a defesa pontual e não-sistemática de interesses *metaindividuais*. Por outro lado, a atuação do *promotor de fatos* se expressa através de atividades pró-ativas, desenvolvendo-se através de prioridades e estratégias, dedicando-se a execução de projetos, bem como funcionando como articulador político local.

Os problemas relacionados à efetividade de interesses *metaindividual* são tão complexos que, muitas vezes, envolver o Judiciário não é uma alternativa adequada. Na verdade, a maioria dos membros do MP concorda que a via judicial deve ser evitada. Como afirma Cátia Aida Silva: "[...] tanto o promotor de fatos como o promotor de gabinete consideram que as medidas judiciais são o último caminho a ser tomado, uma vez que a via judicial, conhecidamente é demorada, lenta e nem sempre leva aos resultados pretendidos. [...]" (2001: 98). Nestes termos, os membros do MP devem ter em mente que a negociação com o Poder Público deve ser esgotada até as últimas possibilidades, mesmo quando *judicializada* a questão.

Ainda restam realizar estudos, mas a hipótese é que a maior parte dos esforços do MP seja de natureza reativa, embora se tenha demonstrado interesse numa postura pró-ativa, através de atitudes isoladas ou em conjuntas de promotores e procuradores ou na definição de políticas institucionais afirmativas na promoção e defesa de direitos fundamentais. É que, de fato, existe uma demanda tão grande de atividades ligadas ao Poder Judiciário e às relacionadas às notícias de violação de direitos fundamentais, que as atividades pró-ativas, ligada à *proteção preventiva*, ficam mais em segundo plano. Reorientar as atividades do MP para privilegiar uma *proteção preventiva* poderia importar um impacto tão grande na organização que poderia desnortear o trabalho que já é desenvolvido. Portanto, sua introdução poderia ser realizada através de reformas pontuais na organização, sob premissas claras.

Ainda que os membros do MP possuíssem meios máximos para provocar a exoneração ou a destituição de políticos corruptos, a devolução dos recursos públicos desviados ao erário com o pagamento de multas significativas e a prisão de políticos infratores da lei, nada disto significaria um combate à corrupção em dimensões, pelo menos, significativas. Isto porque, enquanto não combatidos os fatores de risco que levam à corrupção, o número de casos sempre será maior do que as de aplicação de sanções contra os agentes corruptos. O sistema de repressão sempre significará uma alternativa incapaz de oferecer uma resposta consistente ao problema da corrupção e da ineficiência grave da gestão pública.

O modelo de atuação pró-ativa deve ter como ponto de partida que as tarefas de combate à corrupção e de efetividade dos direitos fundamentais, devem ser concebidas através de um compartilhamento entre Estado e sociedade. O cerne deste novo modelo reside no reconhecimento de um limite: a idéia de que o MP não poderá ser bem sucedido na luta contra a corrupção e na luta pela efetividade de direitos fundamentais se atuar isoladamente.

Como visto, se a Constituinte estabeleceu responsabilidades plenas a instituições *contramajoritárias*, como o MP, no combate à corrupção e à má gestão pública, determinou que a sociedade civil devesse participar na formação de políticas públicas, em diversas áreas de atuação do Poder Público, em especial na área de Seguridade Social (art. 194, incisos VII), de Saúde (art. 198, inciso III) e Assistência Social (art. 204, inciso II). A legislação infraconstitucional segue o mesmo modelo, por exemplo, determinando o Estatuto da Cidade (Lei Federal nº 10.257/2001) a realização de gestão participativa, através da realização de debates, audiências e consultas públicas sobre as propostas do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, como condição obrigatória para sua aprovação pela Câmara Municipal.

Nestes termos, talvez, uma das formas mais eficientes de combater a corrupção e a ineficiência grave da gestão pública seria o MP exigir do Poder Público que formule políticas públicas com a participação da sociedade

e tornar os atos da Administração plenamente transparentes. Sobretudo, é preciso uma abordagem multidisciplinar e integrada dos programas de prevenção, com a participação efetiva e paritária de membros dos Poderes Públicos e da sociedade.

Os desafios para a prevenção da corrupção e da ineficiência administrativa são sistematicamente negligenciados por falta de experiências inovadoras na área, de tal forma que se poderia afirmar que não dispomos de uma política específica para este fim. A atuação isolada de membros do MP neste sentido está longe de constituir uma política contra a corrupção e à ineficiência administrativa. E, se há uma atuação mais efetiva de membros do MP em certos municípios, isto não significa dizer que nestes locais exista mais ou menos corrupção ou ineficiência administrativa do que em outros. Para Marcos Rolim:

> A prevenção focada em fatores de risco deve, também identificar os fatores de proteção disponíveis. A definição de que sejam esses fatores é controversa. Alguns autores sustentam que seriam apenas o grau oposto na escala dos fatores de risco – ou seja, que se tratariam de um outro nome para situações de mesma natureza conceitual. Outra abordagem sustenta que os fatores protetores seriam aqueles que interagem com os de risco na condição de moderadores. (2006: 115).

Assim, na abordagem tratada neste ensaio, trataremos de políticas de prevenção à corrupção e à ineficiência grave da administração pública, associadas a fatores de risco relacionados à ausência de transparência dos gastos públicos, de participação da sociedade no planejamento e execução de políticas e de orçamentos públicos, o clientelismo político, o tráfico de influência, o assistencialismo e o paternalismo, a dificuldade de acesso à informações e acesso ao Poder Judiciário.

Como bem definiu SIRAQUE: "O *clientelismo* é a porta aberta da corrupção política e o pai e a mãe das irregularidades no uso da máquina administrativa pública com finalidades perversas. Os prejudicados são a maioria dos cidadãos e cidadãs que cumpre com seus deveres." (2009: 151). Por sua vez, não menos danoso é o *assistencialismo*, que encara o cidadão como ser desprezível, que necessita apenas de ajuda episódica e não continuada. (SIRAQUE; 2009: 162) Estes fatores de risco florescem, principalmente, num ambiente onde não há transparência dos atos públicos, ineficiência da gestão pública e ausência de participação da sociedade na formulação e das políticas públicas.

As dificuldades de acesso ao Judiciário também são determinantes para desestimular uma participação maior da sociedade na vida pública. Alguns fatores que limitam o acesso ao Judiciário: a necessidade de intervenção de advogado; medo real ou fantasioso de represálias por parte da Administração Pública; a falta de controle social das atividades do Poder Judiciário; a questão cultural que faz distanciar a comunidade e os juízes; uma grande parcela da comunidade que acredita que o Judiciário existe para atender aos interesses da elite e não os dos pobres; as custas e as despesas judiciais; a linguagem jurídica, a burocracia, a morosidade, os rituais desnecessários, o distanciamento, a falta de informatização, os espaços pouco funcionais e suntuosos; a distância da periferia; a falta de funcionamento à noite, nos feriados e finais de semana; a dificuldade de ser ouvido pelo juiz; os julgamentos diferenciados para casos semelhantes; a não-aplicação integral do art. 134 da Constituição, que criou a Defensoria Pública, deixando diversos locais, principalmente do interior, sem defensor público, a mercê da assistência jurídica de advogados contratados pelos municípios, cujos gestores, em geral, exigem, explicita ou implicitamente, alinhamento ideológico ou político-partidário. (SIRAQUE; 2009: 171/172).

CONCLUSÃO OBJETIVA

Conforme o perfil constitucional adotado pelo constituinte para o MP, os seus membros devem esgotar todos os recursos de negociação que possui a sua disposição, adotando uma atitude pró-ativa, na qualidade de articulador político, para a promoção e defesa de interesses *metaindividuais*, inclusive o direito difuso de participação social na gestão pública.

Nestes termos, é que sustentamos que a atuação pró-ativa do MP tem como objetivo fiscalizar o funcionamento da administração pública, nas suas diversas áreas de atividade, combatendo a corrupção e má gestão pública; bem como, mediante parcerias com a sociedade, exigir do poder público o cumprimento da legislação que prevê a participação efetiva da comunidade na formação e execução de políticas públicas, promovendo iniciativas visando a realização de atividades relacionadas ao *orçamento participativo*, ao efetivo funcionamento dos *conselhos de direitos* em que haja a representação da sociedade civil e ao funcionamento das *ouvidorias* dos poderes públicos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 9. ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2008.

BRASIL. IBOPE OPINIÃO. *Pesquisa de Opinião Pública Sobre o Ministério Público*. Fevereiro: 2004, OPP 019/ 2004.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1995.

KERCHE, Fábio. *Autonomia e Discricionariedade do Ministério Público no Brasil*. Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, Vol. 50, nº 2, 2007, pp. 259 a 279.

LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MAMAN, Jeannette Antonios. *Fenomelogia Existencial do Direito - crítica do pensamento jurídico brasileiro*. 2ª. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

MEDINA OSÓRIO, Fábio. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*. 1ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ROLIM, Marcos. *Síndrome da Rainha Vermelha: policiamento e segurança pública no século XXI*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4ª. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2004.

SILVA, Cátia Aida. *Justiça em jogo: novas facetas da atuação dos promotores de justiça*. São Paulo: Edusp, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6ª.. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SIRAQUE, Vanderlei. *Controle Social da Função Administrativa do Estado*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SOARES, Natália Lourenço. *O Ministério Público brasileiro e neoconstitucionalismo: uma análise doutrinária*. Tese de Mestrado em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, UFPE, Brasil. *Ano de Obtenção:* 2008.

066

INCORPORAÇÃO ÀS COORDENADORIAS ADMINISTRATIVAS MUNICIPAIS COM MAIS DE TRÊS PROMOTORIAS DE JUSTIÇA DO CONSELHO MUNICIPAL DE PROMOTORES PARA O MINISTÉRIO PÚBLICO PROMOVER A UNIDADE INSTITUCIONAL, ELABORAR E EXECUTAR O PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO, DEFINIR POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUCIONAIS LOCAIS, DESENVOLVER A CULTURA DO APRENDIZADO E CONSTRUIR UMA VISÃO SISTÊMICA E GLOBALIZADA SOBRE SUA MISSÃO CONSTITUCIONAL

Edson José Guerra

Promotor de Justiça do Estado de Pernambuco

Introdução

Entre tantas questões institucionais relevantes, as mais complexas de serem enfrentadas pelo Ministério Público na atualidade estão relacionadas com o diagnóstico e a resolução eficiente das demandas sociais locais, a racionalização das atividades processuais, a elaboração e a execução do planejamento estratégico, a promoção da interação entre seus membros, o desenvolvimento de uma visão sistêmica institucional sobre sua missão constitucional e a formação de uma cultura ministerial voltada para a construção do aprendizado e a tomada de decisão coletiva.

Prevalece na estrutura organizacional do Ministério Público a cultura do isolamento e a realização de atividades funcionais departamentalizadas. Cada membro ministerial absorve seu tempo com as demandas judiciais e administrativas imediatas, sem voltar as atenções para o desenvolvimento de projetos estratégicos direcionados a diagnosticar as demandas sociais locais, estabelecer prioridades, definir metas e avaliar os resultados alcançados.

A incorporação de um conselho de promotor de justiça na estrutura organizacional das Coordenadorias Administrativas das Promotorias de Justiça municipais com mais de quatro promotorias concorre para a integração e a unidade institucional, facilita a formação do pensamento estratégico, a tomada de decisão compartilhada, agrega valores, constrói o pensamento crítico, promove a mudança, estimula a inovação nos processos de trabalho, divide responsabilidades, unifica a missão institucional e contribui para a execução do planejamento estratégico local, regional e estadual.

O conselho municipal de promotores de Justiça como mecanismo de gestão administrativa apto para o Ministério Público promover a unidade institucional, elaborar e executar o planejamento estratégico, definir políticas públicas institucionais locais, desenvolver a cultura do aprendizado, tomar decisões compartilhadas e construir a visão sistêmica e globalizada sobre sua missão constitucional.

A gestão do Ministério Público está diretamente ligada a sua missão institucional estrategicamente planejada para ser implementada em curto, médio e longo prazo. Incumbe ao Ministério Público defender e promover os interesses das pessoas excluídas do processo social, político, econômico e cultural, garantindo-lhes o acesso aos direitos humanos fundamentais, instituídos na Constituição Federal como programa governamentais estabelecidos para a construção da cidadania, reduzir as desigualdades econômico-sociais, erradicar e combater a miséria nas incontáveis localidades do país.

O estudo sobre as disciplinas de planejamento estratégico, gestão empresarial, gestão de pessoa, do conhecimento, aprendizado e qualidade, no curso de Gestão do Ministério Público nos convenceu de que a atuação predominantemente individualizada dos promotores, acompanhada da realização de atividades em setores departamentalizados, configura uma dinâmica institucional imprópria para elaborar e executar o planejamento estratégico local, regional e estadual, planejar operações especiais, promover a mudança, estimular a criatividade, construir o conhecimento compartilhado e desenvolver a cultura do aprendizado organizacional. Adalberto Chiavenato, sobre a cultura organizacional averba:

> Cultura organizacional significa um modo de vida, um sistema de crenças, expectativas e valores, uma forma de interação e relacionamento típicos de determinada organização. Cada organização é um sistema complexo e humano, com características próprias, com sua própria cultura e com um sistema de valores. Todo esse conjunto de Valores deve ser continuamente observado, analisado e interpretado. A cultura organizacional influencia o clima existente na organização.[1]

Antes de ingressar no Ministério Público, além da formação acadêmica construída no âmbito das faculdades e cursos de especialização, mestrado e doutorado, as pessoas internalizaram suas próprias visões de mundo, com princípios, crenças e conceitos arraigados, formados a partir das relações tradicionais no seio familiar, nas ruas, na igreja, associações, nos sistemas de comunicação escrito, televisado e falado, todos concorrentes para suas formações culturais, que vão repercutir, profundamente, nas decisões, relações, ações e comportamentos institucionais.

Esses aprendizados adquiridos e armazenados individualmente pelos procuradores, promotores e funcionários ministeriais integram o capital intelectual de cada um e se convertem em conhecimentos organizacionais, através dos relatórios de ICP e PIP, termo de ajustamento de conduta, acordos, ações civis, denúncias, pareceres, alegações, recursos, contra-razões, teses, livros, artigos publicados e outras atividades intelectuais, armazenados em bancos de dados, no caso atual, voluntariamente, organizado, sob o interesse e responsabilidade individual de cada agente ministerial. O aprendizado organizacional apresenta sete princípios, conforme assevera Adalberto Chiavenato:

Os sete princípios da aprendizagem:

> 1. Aprendizagem é fundamentalmente social. A aprendizagem é um processo de adquirir conhecimento, é socialmente construído e requer mudanças na identidade da pessoa, o que o torna desafiador e poderoso.
> 2. O conhecimento é integrado na vida das comunidades. Quando desenvolvemos e compartilhamos valores, perspectivas e modos de fazer as coisas criamos uma comunidade de práticas.
> 3. Aprendizagem é um ato de participação. A motivação para aprender constitui o desejo de participar de uma comunidade prática.
> 4. O conhecimento depende do engajamento na prática. Muitas vezes, obtemos conhecimento a partir de observações e da participação em muitas situações e atividades diferentes. A profundidade do conhecimento depende da profundidade de nosso engajamento.
> 5. Engajamento é inseparável do empowerment. Percebemos nossas identidades em termos de nossa habilidade em contribuir e em afetar a vida das comunidades em que estamos ou da qual pretendemos fazer parte. A participação é fundamental para o empowerment.
> 6. Dificuldade em aprender é o resultado da exclusão da participação. Aprendizagem requer acesso e oportunidade de contribuir.
> 7. Somos naturalmente aprendizes ao longo de toda a vida. Todos nós, sem nenhuma exceção. Aprendizagem é uma parte natural do ser humano. Aprendemos o que nos permite participar nas comunidades de prática das quais queremos fazer parte.[2]

As ações individuais e coletivas de cada promotor, procurador, técnico e servidor ministerial representam o capital intelectual dos componentes da instituição e ao mesmo tempo formam a cultura do aprendizado e concorrem para a implantação de novas técnicas de produção do conhecimento e a realização de métodos operacionais eficientes, permitindo ao Ministério Público alcançar os objetivos e metas traçados como missão institucional. Segundo Adalberto Chiavenato:

---

[1] CHIAVENATO, Adalberto. **Recursos Humanos: o capital das organizações.** 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 434.

[2] CHIAVENATO, Adalberto. **Comportamento organizacional – A dinâmica do sucesso das organizações**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 164.

> As organizações aprendem somente por intermédio de indivíduos que aprendem. O aprendizado individual não garante o aprendizado organizacional. Mas, sem ele, o aprendizado organizacional não acontece. A aprendizagem organizacional é a capacidade de gerar novas ideias alavancadas pela capacidade de generalizá-las por toda a organização. É a maneira pela qual as organizações constroem, mantêm, melhoram e organizam o conhecimento e a rotina em torno de suas atividades e cultura, a fim de utilizar as aptidões e habilidades de sua força de trabalho de modo cada vez mais eficiente.[3]

O processo de estruturação de um setor organizacional pode trazer mudanças substanciais na construção do conhecimento e do aprendizado, pensamento e planejamentos estratégicos, inovação ou redefinição no processo de trabalho e oferta do serviço, como assim produzir alterações no modo de fazer, agir e pensar, promovendo simultaneamente a formação da cultura pessoal e da própria organização.

Nas atividades rotineiras dos promotores de justiça não há o hábito de promover reuniões para dialogar, debater, discutir e resolver as questões sociais mais relevantes ocorridas nos municípios. O Ministério Púbico não se reúne para avaliar os programas orçamentários previstos na LOA destinados a implementar as políticas públicas locais. Não se planeja para combater a corrupção, a impunidade, as causas da violência, degradação ao meio ambiente, controle externo da atividade policial. Não se propõe a analisar de forma compartilhada o funcionamento dos sistemas públicos de saúde, educação e segurança, a evasão escolar, prostituição infanto-juvenil, mortalidade infantil, sem teto, sem terra e tantas outras questões sociais relevantes sujeitas ao controle e promoção do Ministério Público. Não reserva tempo para refletir, criar, inovar e coordenar as ações, de modo a influenciar nas transformações sociais propostas nos projetos sociais previstos na Constituição e nas leis do país.

O grande desafio da Gestão do Ministério Público será desenvolver técnicas e princípios de aprendizagem organizacional, planejamento descentralizado, execução articulada, uniforme e despersonalizada, voltada para a criação de um ambiente de trabalho comprometido com o alcance e o resultado de sua missão de futuro.

Cada promotor de justiça exerce suas funções observando as prerrogativas da independência e autonomia funcionais. Extrai o sentido da lei e a compreensão dos fatos sociais de acordo com seu livre convencimento motivado, sempre vinculado ao devido processo legal, como finalidade própria do dever constitucional do Ministério Público.

O Conselho Municipal de Promotores de Justiça incorpora à estrutura organizacional das coordenadorias municipais um modelo de gestão administrativa adequada para cumprir o princípio da unidade institucional e possibilitar a realização de atividades baseadas no trabalho em equipe, criando condições e oportunidades para o engrandecimento do órgão, fortalecimento dos valores, construção de um ambiente organizacional propício para estimular a troca de ideias, levantar questões institucionais e sociais, discutir dificuldades, desenvolver o senso crítico, formar o consenso, sem enfraquecer ou descaracterizar a livre manifestação de pensamento de cada membro ministerial, durante suas intervenções e ações individuais.[4]

O Conselho de Promotores se encarrega de consolidar o trabalho em equipe, de acordo com a conveniência e a necessidade das demandas sociais, sem interferir nas atividades específicas das promotorias dos municípios. Ele representa para a instituição um novo modelo de atuação voltado para fortalecer a unidade institucional, com a capacidade de definir e promover novos objetivos estratégicos compatíveis com a complexa dinâmica social e o modelo de democracia desenhado na Carta Constitucional. Para Antônio Ferraz o futuro do Ministério Público depende de sua capacidade de adequar seus objetivos estratégicos à evolução do quadro político-social:

> Realmente, sendo o Ministério Público uma "instituição" – teleologicamente destinada à defesa do interesse social, dotada das garantias da autonomia e da independência –, deve ser capaz de formular, a cada momento, sua própria "vontade institucional". (...)
> A realidade social é extremamente dinâmica. A sociedade brasileira, em especial, marcada por notórias carências, e, acima de tudo, pela característica da desigualdade, deverá passar, até para que possa sobreviver nossa incipiente democracia, por um processo profundo de transformação. Isso significa que deveremos manter nossa capacidade de adaptação à evolução do quadro político-social, de definição de novos objetivos estratégicos, de criação de novos instrumentos de atuação.[5]

---

[3] *Idem. Ibdem*, p.163.

[4] **PRINCIPIO DA UNIDADE** - A atuação dos membros do Ministério Público está voltada à consecução da estratégia institucional, qual seja: a promoção do projeto de democracia participativa, econômica e social delineado na Constituição da República. (...) **INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL** – garante ao membro do Ministério Público o exercício independente de suas atribuições, tornando-o imune a pressões externas e internas que possam frustrar e inviabilizar o cumprimento da estratégia institucional. GULART, Marcelo Pedroso. **Princípios Institucionais do Ministério Público**: A Necessária Revisão Conceitual da Unidade Institucional e da Independência Funcional. 2001. 2 f. Tese - XVII Congresso Nacional do Ministério Público. Os novos desafios do Ministério Público, Salvador, 2007.

[5] FERRAZ, Antônio Augusto Melo De Camargo. Ministério Público: Quando o Passado Aponta o Futuro. **Revista APMP**, n. 05, p. 36, abril, 1997.

O novo sistema de gestão projetado para as Coordenadorias Administrativas, com a implantação e funcionamento do Conselho Municipal de Promotores de Justiça oferece condições estruturais, ambientais e funcionais para o Ministério Público desenvolver o trabalho em equipe e aprimorar o processo de tomadas de decisões compartilhadas. O trabalho em equipe, conforme assenta Adalberto Chiavenato, apresenta as seguintes características:

> 1. As equipes envolvem relacionamentos, ou seja, conexões humanas nas quais o todo emerge como maior do que a soma das suas partes. (...)
> 2. As equipes se baseiam em relações afetivas, emocionais e conexões pessoais entre os membros. Elas envolvem diversidade e unidade, abertura e aceitação, honestidade e empatia, criticismo e acordo, confiança e assunção de riscos para criar algo maior do que possível pela junção de peças individuais em algo único. (....)
> 3. As equipes não precisam coagir ou pressionar os membros ou requerer lealdade deles. A direção geral flui automaticamente por meio da identificação e integração da visão, dos objetivos e estratégias. (...)
> 4. As equipes se caracterizam pela clareza em sua coesão, seu espírito coletivo focado na tarefa, a afeição com que os membros manifestam em seus relacionamentos e a qualidade de sua satisfação nos processos de trabalho. (...)
> 5. As organizações democráticas constituem o melhor contexto para florescimento de equipes bem-sucedidas. Elas requerem um contexto para valores, ética e integridade, envolvendo redes de associação, processo colaborativos e abertos e sistemas complexos de autocorreção além de liderança democrática e comprometida. Participar de uma equipe não significa abandonar a individualidade ou os próprios pontos de vista, mas contribuir para melhorar os produtos, processos e relacionamentos.[6]

As promotorias de justiça municipais não podem continuar desenvolvendo as atividades funcionais de suas atribuições desintegradas com a missão institucional sistêmica e globalizada. O trabalho em equipe oferece oportunidade para resolver questões complexas inerentes a cada promotoria e solucionar demandas sociais complexas incorporadas ou não ao planejamento estratégico. Na visão de Antônio Augusto Mello de Camargo os promotores de justiça devem assumir responsabilidade coletiva em busca da concretização dos interesses sociais tutelados pelo Ministério Público:

> Promotoria é sinônimo de conjugação de esforços, mas, sobretudo, de estabelecimento de uma responsabilidade coletiva pelos interesses sociais à tutela do Ministério Público.
> Na Promotoria, o trabalho em equipe coexiste harmonicamente com as atribuições de seus integrantes. Ao lado da responsabilidade de cada um pela parcela dos serviços a seu encargo, surge uma nova responsabilidade de toda a Promotoria, tendo como objeto o planejamento global da atuação do interesse social numa determinada comarca.
> Essa responsabilidade é coletiva e direta, devendo procurar soluções dos problemas sociais e não apenas, soluções para um ou vários processos. O olhar deve ser voltado a realidade social.[7]

Indiscutivelmente, o Ministério Público dispõe de excelente quadro de procuradores, promotores e funcionários, pratica algumas técnicas de administração gerencial, possui planejamento estratégico com definida missão institucional e executa suas atividades voltadas para o cumprimento da Constituição e das leis, agindo dentro e fora do processo, com objetivos claros e definidos, por isso a sociedade o reconhece como uma instituição séria e comprometida com a defesa da Constituição, das leis e do bem estar social. Não obstante capacidade institucional do Ministério Público, a atuação organizacional precisa adequar-se ao novo modelo de administração gerencial, para atender com eficiência as demandas emergentes em uma sociedade plural, complexa, conflituosa, exigente, marcada por grande concentração de riquezas e profundas desigualdades sociais e regionais.

Entre os valores fundamentais do Ministério Público, incumbe-lhe defender e promover os interesses das pessoas excluídas do processo de sócio-político, econômico e cultural, garantindo-lhes o acesso aos direitos humanos fundamentais à educação, saúde, segurança, meio ambiente saudável, propriedade, habitação, proteção à criança e aos adolescentes, aos idosos, aos deficientes físicos, ao consumidor, em fim, defender a sociedade contra o abuso do poder político, econômico e da própria Administração Pública.

---

[6] CHIAVENATO, Adalberto. **Comportamento organizacional – A dinâmica do sucesso das organizações**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 293-294.

[7] FERRAZ, Augusto Mello de Camargo (coord.). **Um novo modelo de gestão para o ministério público**: *bases de uma necessária re-engenharia institucional.* São Paulo: Edições APMP, 2003. P.137.

A nova dinâmica institucional do Ministério Público, convergente com o papel constitucional lhe outorgado após a Carta de 1988, coloca-o na condição de garantidor dos direitos do povo, de defensor dos interesses sociais fundamentais da República. Cumprir os deveres constitucionais e legais imputados ao Ministério Público constitui um desafio para cada procurador, promotor e funcionário da instituição, sobretudo, quando, no cenário político-administrativo, persistem, historicamente, as graves e intoleráveis violações jurídicas das mais variadas ordens contra os direitos humanos e o patrimônio público.

O modelo de gestão identificado com o novo perfil do Ministério Público deve se encarregar de implantar na organização ministerial um sistema de administração pautada na formação da cultura institucional, conexa com a missão constitucional e o estabelecimento de planejamento estratégico baseado em banco de dados formados a partir do armazenamento de informações institucionais e sociais, coletados com base nos diagnósticos das demandas sociais, realizados pelas promotorias em parceria com as comunidades municipais e órgãos públicos colaboradores. Com o diagnóstico da realidade social local, os promotores, de forma compartilhada, elegem prioridades e estabelecem as metas a serem alcançadas, como objetivos de curto, médio e longo prazo.

Há alguns anos, sobretudo depois da vigência da Constituição de 1988, pensadores do Ministério Público têm demonstrado em livros, teses e artigos publicados uma grande preocupação com a adequação das atribuições do Ministério Público, ao novo perfil constitucional. Predominantemente, as ideias defendidas pelos agentes ministeriais apontam, acertadamente, para a implementação de um novo modelo de gestão, baseado na racionalidade das atribuições na área civil, planejamento estratégico com o estabelecimento de prioridades, metas e controle de resultados, sistematização das informações em banco de dados, descentralização das decisões, criação de promotorias regionais, aproximação com a sociedade, ênfase nas atividades extrajudiciais e transformação do promotor em agente político.

O livro "Um Novo Modelo de Gestão Para o Ministério Público", publicado em 2003, produz relevantes contribuições e informações adequadas para transformar as funções do promotor de justiça em verdadeiro agente político. O sistema organizacional recomendado, como diretrizes gerais de gestão administrativa propõe as seguintes inovações:

> 1) Assegurar a condição de agente político do Promotor de Justiça, o qual, portanto, deverá:
> a) ter a capacidade de interferir em maior profundidade na realidade social (legitimação e instrumento de ação);
> b) estar mais envolvido com a tomada de decisões e menos com atividades operacionais ou burocráticas;
> c) estar dotado de estrutura de apoio eficiente e adequada a suas necessidades.
> 2) Manter sistema remuneratório mais seguro e compatível com o papel político do Ministério Público e com o grau de responsabilidade a ele inerente.
> 3) Ensejar o reconhecimento social (indutor da legitimação institucional), ampliado pela maior eficácia da atuação e pela divulgação dos resultados globais obtidos.
> 4) Ampliar os veículos de colaboração com a sociedade civil e com os poderes públicos, inclusive para efeito de eleição de prioridades e de avaliação dos resultados alcançados na defesa do interesse social.
> 5) Manter estrutura eficiente de informação para o exercício funcional, possibilitando melhores resultados e qualidade na área criminal e maior seletividade e eficiência na área civil (onde a legitimação é concorrente).
> 6) Criar condições de implantação de um sistema de efetivo estímulo e reconhecimento do merecimento.
> 7) Estabelecer a possibilidade de controle total da estrutura administrativa e do orçamento.
> 8) Propiciar maior peso político do Ministério Público no trato de tema de interesse institucional, inclusive no que diz respeito a interferir na formulação de políticas públicas e no aprimoramento das leis em vigor.[8]

A administração geral do Ministério Público deve se programar para implantar nas promotorias de justiça dos municípios um sistema de gestão administrativa gerencial voltado para racionalizar as atividades processuais e criar um ambiente de trabalhado favorável para o desenvolvimento organizacional, onde o promotor de justiça tenha oportunidade para resolver atividades judiciais e extrajudiciais relevantes.

> As organizações e as pessoas que nelas trabalham estão em constante mudança. Novos objetivos são estabelecidos, enquanto velhos objetivos são revistos e modificados; novos

[8] FERRAZ, Antônio Augusto Mello De Camargo. **Um Novo Modelo de Gestão Para o Ministério Público**. Ed. Associação Paulista do Ministério Público, p. 34- 35.

> departamentos são criados e os velhos re-estruturados; as pessoas saem da organização ou mudam de cargos; novas pessoas são admitidas; os produtos sofrem alterações profundas; a tecnologia avança inexoravelmente. As pessoas também se desenvolvem, aprendem novas coisas, modificam seu comportamento e suas atitudes, desenvolvem novas motivações, criam novos problemas. Os tempos mudam. Nas organizações, algumas mudanças ocorrem por força das oportunidades que surgem, enquanto outras são projetadas antecipadamente.[9]

A vinculação dos promotores e procuradores com as rotinas processual e administrativa, sem metodologia organizacional, há anos praticadas nas promotorias e procuradorias dificulta os membros da instituição a exercer o novo papel de agente fiscalizador e promovedor dos direitos humanos fundamentais, articulador, mediador e formulador de políticas públicas, encargos funcionais estabelecidos na Carta Republicana e nas leis infraconstitucionais, de ordem pública obrigatória e aplicação imediata pelos poderes públicos.

Os promotores e procuradores de justiça, embora devam continuar exercendo as atividades normais junto ao Poder Judiciário, para adequar-se ao novo modelo de gestão, têm por necessidade funcional a obrigação de racionalizar e priorizar suas atribuições e compatibilizá-las com as políticas institucionais locais e o planejamento estratégico estadual, instituindo-se uma atuação participativa, articulada e sistêmica, acompanhada por sistema de gerenciamento de avaliação de desempenho e obtenção de resultados.

> O Ministério Público precisa urgentemente capacitar seus Promotores e Procuradores em gestão. Afinal, como agentes políticos, nosso papel não se resume a atuar apenas nos processos, mas sim e, principalmente, na efetivação dos direitos sociais e individuais garantidos na Constituição, prevenindo a ocorrência de suas violações. O Promotor tem que saber diagnosticar, planejar, escolher estratégias, estipular metas e, então, agir para controle e avaliação dos resultados alcançados.[10]

Boa parte dos promotores de Justiça está absorvida com atividades processuais acessórias, sem interesse público primário, sobretudo, em alguns processos cíveis demandados para resolver questões patrimoniais de interesse individual, pretendidas por partes maiores e presentes.

Enquanto isso, o controle externo da atividade policial, as fraudes nos processos e a execução de obras licitadas pelos poderes constituídos dilapidam o patrimônio público e social, as políticas públicas deixam de ser formuladas, mediadas e acompanhadas, as investigações nos inquéritos civis públicos e procedimentos de investigação preliminar, instaurados para defesa e promoção dos relevantes interesses sociais coletivos e individuais indisponíveis, ficam parados, por falta de política institucional voltada para o planejamento e a priorização de planos operacionais.

A criação do conselho de Promotores de Justiça Municipais introduz, na estrutura organizacional do Ministério Público, nova metodologia, adequando-se ao modelo de gestão voltado para o desenvolvimento institucional, com as seguintes metas e perspectivas:

1) promover a integração e a unidade institucional;

2) estabelecer um clima de mútua confiança entre as pessoas, favorecendo para a responsabilização do processo decisório visando a atingir metas e objetivos comuns;

3) influenciar no comportamento, atitudes, crenças, expectativas, aspirações e necessidades dos membros e funcionários do Ministério Público;

4) criar ambiente interno favorável à mudança, aprendizado e desenvolvimento organizacional;

5) melhorar as relações interpessoais mediante a abertura de canais de comunicação, favorecendo a troca de informações;

6) focalizar a missão institucional de forma globalizada;

7) garantir a visão sistêmica através da interação e cooperação entre promotores, coordenadores de CAOPES, procuradores e equipes técnicas interdisciplinares;

8) concorrer para a implantação de um sistema gerencial democrático e descentralizado;

9) implementar a aprendizagem experiencial;

10) estimular à execução de atividades coletivas, evitando a personalização.

Alcançar esses objetivos e metas faz parte das inovações exigíveis no modelo de gestão administrativa moderno, implementado para o Ministério Público promover os direitos humanos fundamentais e cumprir as normas constitucionais conforme recomendam o interesse público e as necessidades sociais.

---

[9] CHIAVENATO, Adalberto, **Caso de apoio - A virada da Excelsa**, p. 433.

[10] SADEK, Maria Tereza. **Diagnóstico Ministério Público dos Estados**, Comentários, Ministério da Justiça, Brasil, 2006, p. 115.

Conclusão

O Ministério Público tem como missão institucional promover a concretização dos programas constitucionais voltados para a promoção e defesa dos direitos humanos, catalogados na Constituição Republicana como prestações positivas, exigíveis do Estado, para assegurar a construção da cidadania e preservar a dignidade da pessoa humana, eleitos como fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil, para a formação do Estado Democrático e Social de Direito.

O modelo de gestão atual do Ministério Público, embora desenvolva algumas práticas modernas de gestão, não está suficientemente estruturado para cumprir a missão institucional como prevê a norma constitucional, pregam os pensadores da instituição e espera a sociedade.

As Coordenadorias Administrativas das Promotorias de Justiça Municipais componentes da estrutura organizacional do Ministério Público, na qualidade de órgãos descentralizados, não dispõem de ferramentas gerenciais suficientes para cumprir a missão institucional, conforme estabelece a Constituição, nem estão tecnicamente adequadas para desenvolver políticas institucionais destinadas a elaborar e executar o planejamento estratégico municipal, baseado no diagnóstico da realidade local e na eleição de prioridades sociais reais.

O novo modelo de gestão proposto para o Ministério Público cumprir suas funções constitucionais prevê mudanças substanciais no desenvolvimento das funções do promotor e procurador de justiça, exigindo-lhes atuação semelhante ao de agente político, com o desenvolvimento de ações direcionadas para promover a unidade funcional e a visão globalizada dos programas e projetos institucionais, além de possibilitar a realização do trabalho em equipe, instituir ações preventivas, estimular a tomada de decisão compartilhada, sempre levando em conta as demandas sociais emergentes e a capacidade operacional das promotorias de justiça municipais.

A incorporação do Conselho Municipal de Promotores de Justiça, nas coordenadorias administrativas de promotorias municipais, vai introduzir na estrutura organizacional do Ministério Público uma dinâmica operacional, voltada para implementar um modelo de gestão pública moderno, adaptado às novas técnicas de gerenciamento de Administração Pública, comprometido com a formação da cultura do aprendizado, a construção da visão institucional sistêmica e apropriado para cumprir a missão constitucional com satisfação social e eficiência pública.

Bibliografia

CHIAVENATO, Adalberto. **Comportamento organizacional – A dinâmica do sucesso das organizações**. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

_____. **Recursos Humanos: o capital das organizações.** 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

FERRAZ, Antônio Augusto Mello De Camargo. Ministério Público: Quando o Passado Aponta o Futuro. **Revista APMP,** n. 05, p. 36, abril, 1997.

_____. **Um Novo Modelo de Gestão Para o Ministério Público**. Ed. Associação Paulista do Ministério Público.

GULART, Marcelo Pedroso. **Princípios Institucionais do Ministério Público: A Necessária Revisão Conceitual da Unidade Institucional e da Independência Funcional**. 2001. 2 f. Tese - XVII Congresso Nacional do Ministério Público. Os novos desafios do Ministério Público, Salvador, 2007.

SADEK, Maria Tereza. **Diagnóstico Ministério Público dos Estados**, Comentários, Ministério da Justiça, Brasil, 2006.

070

O MINISTÉRIO PÚBLICO "OMBUDSMAN": O PROMOTOR DE JUSTIÇA NAS RUAS

Júlio César Soares Lira*

Promotor de Justiça/PE

"...entretanto, ainda está longe o próprio Ministério Público de corresponder a tudo o que dele se espera, ou pelo menos de corresponder a tudo o que dele se pode esperar."
Hugo Nigro Mazzilli

1. Introdução

O panorama mais significativo para o Ministério Público surgido após a Constituição Federal de 1988 foi, sem dúvidas, o da modificação de sua condição de "Defensor do Rei" para a de legítimo "Defensor da Sociedade", constituindo-se ouvidor e defensor dos direitos do povo. Esta função, no entanto, ainda está por se realizar de forma eficiente, haja vista que resta visível, mesmo após 20 (vinte) anos de vigência da Carta Política Cidadã, que os dois atores que protagonizam tal cenário ainda não se conhecem devidamente: A Sociedade brasileira não tem conhecimento exato das importantes funções dos membros do "Parquet".

Constata-se a partir de pesquisas de opinião a respeito do Ministério Público uma situação no mínimo contraditória e intrigante: ao mesmo tempo em que a sociedade brasileira considera o Ministério Público como uma das Instituições de maior credibilidade no País, 43% (quarenta e três por cento) dos entrevistados afirmaram conhecer o Ministério Público somente de ouvir falar, enquanto que tão-somente 6% (seis por cento) disseram o conhecer bem, cabendo a conclusão de que a população não conhece o que o Promotor de Justiça pode fazer por ela.[1]

No âmbito das Promotorias de Petrolina especificamente, componente da 2ª Circunscrição Ministerial do Ministério Público do Estado de Pernambuco, verificamos que, historicamente, cerca de 51% (cinqüenta e um por cento) das demandas recebidas na sede das Promotorias se tratavam do que passamos a designar de "demandas equivocadas", isto é, as pessoas procuram o Ministério Público, porém suas demandas não constam do rol de atribuições constitucionais e/ou legais estabelecidas para nossa Instituição, gerando dispêndio de tempo e de energia sem que possamos solucionar o problema trazido, atentando, em última análise, contra o princípio da eficiência, de jaez constitucional, além de refletir a verdade já dita de que a sociedade desconhece as funções do Ministério Público.

Dentro desta perspectiva aterradora os Promotores de Justiça de Petrolina encamparam a idealização do projeto que denominamos "MP NAS RUAS", que teve o objetivo de estabelecer novo paradigma para aproximação do Ministério Público com a sociedade que busca defender, procurando também fazer com que a população se instruísse a respeito das importantes atribuições do Promotor de Justiça em benefício da comunidade.

A iniciativa de saírem, os Promotores de Justiça, junto com todo o estafe de servidores e estagiários, dos locais ordinários de atendimento ao público, seja em sedes próprias, seja em espaço no Fórum, para as ruas já ocorre com êxito no Ministério Público da Bahia, através do projeto "MP vai às Ruas", projeto este em execução em Salvador e região metropolitana; como também no Ministério Público do Paraná, por intermédio das Promotorias da Comunidade, em atuação em Curitiba e em algumas das Promotorias do interior daquele Estado.

Portanto, o presente trabalho objetiva demonstrar que a partir do momento em que a sociedade conhecer adequadamente o que o Ministério Público realiza ou pode realizar em seu benefício é que a nossa Instituição poderá se desincumbir, com eficácia, do múnus que lhe foi atribuído com a Constituição Federal, garantindo-lhe, inclusive, o seu desenvolvimento e crescimento, assegurando-lhe a permanência como Instituição vocacionada a defender o povo, promovendo, em última análise, seu próprio futuro.

* Promotor de Justiça, 2º Promotor de Justiça Criminal de Petrolina, Coordenador da 2ª Circunscrição Ministerial e Coordenador da Central de Inquéritos de Petrolina. Rua Fernando Menezes de Góes, nº 625, Centro – Petrolina/PE – CEP 56.304-020. Telefone: (87) 3866-6400. E-mail: julio_lira@uol.com.br.

[1] CONAMP, Associação Nacional dos Membros do Ministério Público. *Pesquisa sobre o Ministério Público no Brasil – pesquisa de opinião realizada pelo Ibope em fevereiro de 2004*. Rio de Janeiro, 2004, p. 64.

O que se busca é a comprovação de que o meio eficaz de aproximação entre, como já se disse, os atores principais desse roteiro sócio-político, quais sejam: Sociedade e Ministério Público é fazer com que se conheçam mutuamente, é possibilitar que os Promotores de Justiça saibam quais os anseios e necessidades da população e que essa mesma população saiba o que os Promotores de Justiça fazem; é, periodicamente, ir, o Ministério Público, ao encontro do povo, realizar o atendimento ao público no local onde os problemas afligem a população.

Para tanto, por imprescindível, traçaremos linhas, mesmo que superficiais – em razão de serem temas por demais conhecidos dos membros do "Parquet" – sobre a evolução histórica do Ministério Público e sua saga evolutiva na legislação constitucional e infraconstitucional brasileira, para depois avançarmos sobre o novo perfil trazido à Instituição pela Constituição Federal vigente, realçando a sua importância para o Estado Democrático de Direito.

Em continuidade, passaremos a identificar a vocação do Ministério Público brasileiro na defesa da sociedade, analisando sua função de "*ombudsman*", de defensor do povo, para, também, identificar a metodologia e os resultados animadores obtidos com o desenvolvimento, em Petrolina, do projeto "MP NAS RUAS", arrematando com as indicações de que é possível ao Ministério Público pernambucano implementar e aperfeiçoar a iniciativa petrolinense em todas as demais circunscrições ministeriais do Estado.

Com estes desideratos, a presente tese realça linhas fundamentais para concluir que é preciso que os Promotores de Justiça diminuam o abismo, o hiato, existente entre o Ministério Público e a Sociedade que defende, para que com essa aproximação possam interagir, sendo necessário para tanto sair dos gabinetes, das sedes, de suas promotorias, para irem as ruas, ouvir os anseios e desejos do povo, se fazendo conhecer, aprimorando e aperfeiçoando com isso a própria Instituição, na busca de, finalmente, se tornarem agentes transformadores da realidade social.

2. O Ministério Público e sua Formação Histórica

2.1. A origem histórica do Ministério Público

Nos escritos relacionados ao Ministério Público, seus autores costumam informar que é assaz controvertido o estudo acerca das origens remotas da Instituição.

Como já frisamos não é objetivo do presente trabalho dissecar os temas relacionados ao sistema evolutivo legal e social do Ministério Público, seja no mundo, seja no Brasil, buscando, em textos de autores que já se encarregaram de tal mister, elucidar, ao menos superficialmente, como se deu essa evolução histórica.

Por sua objetividade e concisão nos socorremos dos comentários do Eminente Marcellus Polastri Lima[2] sobre a evolução histórica do Órgão Ministerial:

> "...sendo costumeiramente citados, como precursores da Instituição, os *Éforos* de Esparta, que tinham a função moderadora entre o poder real e senatorial, além de serem acusadores, e os *Magiaí* no antigo Egito, aos quais incumbia a denúncia das práticas criminosas aos magistrados.
>
> Posteriormente, na Roma antiga, são apontados como antecedentes dos Promotores de Justiça os *Advocatus Fisci* e os *Procuratores Caesaris*, e, séculos após, na Idade Média, os estudiosos reconhecem traços da Instituição nos *Saions* germânicos, nos *Bailos* e *Senescais*, procuradores dos senhores feudais, nos *Gastaldi* do direito longobardo, nos *Advogatori di Comum* de Veneza, e, ainda, nos *Gemeiner Anklanger* da Alemanha, que se incumbiam da acusação quando o particular se quedava inerte, além dos *Vindex Religionis* do direito canônico.
>
> Entretanto, a origem mais próxima, e nisto estão de acordo os doutrinadores, está na *Ordenance* de 25.03.1302 de Felipe *"o Belo"*, na França, e nas posteriores *Ordenances* de 28.12.1335, de 20.07.1367 e de 22.11.1371, que conferiram aos *procurateurs* atributos que, indubitavelmente, os assemelham aos promotores de justiça de hoje, sendo que após a Revolução Francesa foram conferidas ao "Ministério Público" francês maiores garantias.
>
> Em relação a expressão *"ministério público"*, no sentido hoje utilizada, surgiu no século XVIII, na França, onde escritos passaram a designar a função dos procuradores como verdadeiro ministério em defesa dos interesses públicos, já que defendiam os interesses do rei e da Coroa.".

2.2. O Ministério Público no Brasil

No Brasil a evolução do Ministério Público se deu paulatinamente e resta perceptível o crescimento e o fortalecimento da Instituição, notadamente pós Constituição Federal de 1988 que lhe conferiu contornos de Instituição defensora da Sociedade.

Por não ser possível dentro dos estreitos objetivos do presente trabalho e, ainda, pelas mesmas razões já citadas, realizaremos o mesmo recurso utilizado para o trato da evolução histórica da Instituição, trazendo à baila os comentários dispostos pelo Ilustre Procurador do Trabalho, Marco Aurélio Lustosa Caminha[3]:

> "A primeira Constituição - ainda imperial, de 1824 - apenas mencionava, vagamente, a existência de um Procurador da Coroa e Soberania Nacional, com a incumbência de acusação "no juízo dos crimes". Em 1828, pela Lei de 18 de setembro, criou-se o

[2] Cf. LIMA, Marcellus Polastri. *Ministério Público e Persecução Criminal*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1997, p. 1.

[3] 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.

> cargo de Promotor de Justiça, para oficiar perante as Relações e os diversos juízos das Comarcas. Depois, através do Aviso de 16 de janeiro de 1838, os Promotores passaram a ser considerados como "fiscais da lei". Este último foi, por assim dizer, o ato precursor, no Brasil, da finalidade máxima e característica do Ministério Público.
> Mas a expressão Ministério Público veio a ser mencionada pela primeira vez no art. 18 do Regimento das Relações do Império, de 2 de maio de 1847.
> Na Constituição de 1891 (a primeira republicana), tratou-se apenas da figura do Procurador-Geral da República, "cujas atribuições se definirão em lei" e que deveria recair na pessoa de um Ministro do Supremo Tribunal Federal, indicado pelo Presidente da República.
> A Constituição de 1934 institucionalizou o Ministério Público e o inseriu no Título "Dos órgãos de cooperação nas atividades governamentais", referente à "organização federal". Também previa essa Carta que lei federal organizaria o Ministério Público na União, no Distrito Federal e nos Territórios, e que leis locais organizariam o Ministério Público nos Estados. A partir dessa Constituição, o Ministério Público veio adquirindo posição institucional de relevo nas Constituições e em leis especiais, muito embora ainda fosse visto como uma função subordinada ao Poder Judiciário.
> Com a Carta de 1937, que foi outorgada, o Ministério Público desapareceu, mandando o artigo 99 que para Procurador-Geral da República recaísse a escolha "em pessoa que reúna os requisitos exigidos para Ministro do Supremo Tribunal Federal". Essa Constituição desprezou o importante órgão defensor da sociedade, dele tratando apenas de maneira genérica, sem fixar expressamente as bases de sua estrutura institucional.
> Foi a Constituição seguinte, de 1946, quem restituiu a dignidade da instituição, dispensando-lhe um título autônomo, com independência em relação aos Poderes da República e com estrutura federativa (MP estadual e MP federal). Seus membros ganharam estabilidade, o ingresso na carreira passou a ser possível somente através de concurso público e ficou prevista a promoção na carreira.
> Na Constituição de 1967 o Ministério Público foi posto um apêndice do Poder Judiciário, e com a Emenda Constitucional nº 1, de 17/10/69, a essa Carta, passou a figurar como parte integrante do Poder Executivo, sem independência funcional, financeira e administrativa, o que lhe tirava vigor para alçar vôos mais edificantes do que apenas manter a engrenagem do sistema funcionando.
> Enfim, pode-se resumir que o Ministério Público, antes da Constituição de 5/10/88, nunca foi institucionalizado no Brasil. Na Constituição do Império ficou atrelado ao Poder Legislativo (Senado); na de 1891, ao Judiciário; na de 1934, aos órgãos de cooperação nas atividades governamentais (Executivo); e nas de 1946 e 1967, também ao Poder Executivo. Há quem comente que desde a Constituição Imperial, de 1824, até a Emenda Constitucional nº 1, de 17/10/69, não houve qualquer crescimento institucional do Ministério Público e que, se houve, foi por avulsão, nunca por evolução.
> Somente com a Constituição de 1988, o Ministério Público adquiriu o caráter de Instituição, desvinculando-se das amarras dos Poderes do Estado e vindo a situar-se em capítulo próprio, intitulado "Das funções essenciais à justiça".

Cumpre ainda fazer referência a Emenda Constitucional nº 45/2004, posto que dentre as mudanças estruturais que proporcionou na Seção I, do Capítulo IV, da CF/88, criou o Conselho Nacional do Ministério Público com competência de controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros.[4]

Além das previsões de ordem Constitucional, não se pode olvidar de comentar acerca dos marcos legais, infraconstitucionais, mais importantes para o desenvolvimento do Ministério Público brasileiro.

O sempre lembrado Hugo Nigro Mazzilli[5] relata que:

> "No Código de Processo Penal de 1941, o Ministério Público conquistou o poder de requisição de inquérito policial, e diligências, passando a ser regra sua titularidade na promoção da ação penal, enquanto também se lhe atribuía a tarefa de promover e fiscalizar a execução da lei. Nos Códigos de Processo Civil (1939 e 1973), o Ministério Público conquistou crescente papel do órgão agente e interveniente.
> Extraordinário crescimento adveio quando da Lei Complementar federal n. 40/81, que definiu um estatuto para o Ministério Público nacional, com suas principais atribuições, garantias e vedações.
> Em 1985, a chamada Lei da Ação Civil Pública conferiu-lhe importante iniciativa na promoção de ações para a proteção de interesses difusos (meio ambiente, consumidor, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico).".

Vale referenciar ainda a chamada "Carta de Curitiba", documento elaborado e aprovado em 1986, no 1º Encontro Nacional de Procuradores Gerais de Justiça e Presidentes de Associações do Ministério Público, após ampla consulta aos membros do Ministério Público, através das diversas associações estaduais e da CONAMP, que serviu de alicerce para o novo perfil institucional trazido pela Carta Magna vigente.

Importa também fazer menção a Lei Complementar nº 75/93 que, a despeito de dispor sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União, suas normas se aplicam aos Ministérios Públicos dos Estados, subsidiariamente, constituindo-se, também, um diploma legal avançado refletor do novo perfil do Ministério Público pátrio.[6]

---

[4] Art. 130-A, § 2º, CF/88.
[5] MAZZILLI, H.N. *Manual do Promotor de Justiça*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 7.
[6] Art. 80, da Lei 8.625/93.

Por fim, cumpre salientar a Lei nº 8.625/93, nossa Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, "que dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências, traduz os anseios da Instituição e da Sociedade, estando adequada à Constituição Federal, constituindo-se em mais um fator de fortalecimento do *parquet* pátrio".[7]

3. 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".[8]

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 direitos[9].

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."[10]

4. O Ministério Público no Estado Democrático de Direito

Na lição do eminente Promotor de Justiça pernambucano, J. E. D. de Moura Rocha,[11] os personagens aos quais são atribuídas as origens do Ministério Público, desde há 4.000 anos no Egito Antigo, passando pelas Cidades gregas e Império Romano e o medievo, até o Estado Moderno burguês, fascista e marxista, bem como no atual Estado Democrático de Direito, aparecem ligados ao Poder Político.

Revela, o autor citado, que por sua natureza de órgão de soberania lhe competia a defesa dos interesses do Príncipe e somente com a Revolução burguesa, com o deslocamento da titularidade da soberania, do Estado para a Nação, o Ministério Público também sofreu o mesmo deslocamento. O Ministério Público não mais defendia os interesses do Rei, mas do novo titular da soberania.[12]

Com efeito, o novo perfil do Ministério Público, considerando que outrora se voltava mais a atender aos interesses do Poder, configura-se como verdadeira repaginação no papel da Instituição.

Para compreender como o Ministério Público se vincula, indissociavelmente, ao Estado Democrático de Direito é necessário identificar que até quando vigorava a fase liberal dos direitos de primeira geração, baseados nas liberdades individuais, as funções ministeriais já lhe serviam suficientemente, haja vista a renúncia do Estado de realizar qualquer interferência na sociedade. Todavia, evolutivamente, as novas exigências sociais fizeram soerguer os denominados interesses sociais – coletivos e difusos – e, via de consequência, possibilitaram a consolidação de uma Instituição mais vigorosa, dotada de meios e instrumentos jurídico-legais, judiciais e extrajudiciais, para se desincumbir de seus novos misteres.

Apoiado no escólio de José Afonso da Silva[13] define-se o Estado Democrático de Direito como aquele em que se *"reúne os princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, não como simples reunião formal dos respectivos elementos, porque, em verdade, revela um conceito novo que os supera, na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do status quo"*.

A função do Estado Democrático de Direito, na visão do citado autor[14], é a de superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social.

---

[7] LIMA, Marcellus Polastri. Ob. cit. p. 15.
[8] Art. 127, da CF/88.
[9] Art. 129, da CF/88.
[10] ROCHA, J. E.D de Moura. *O Ministério Público no Estado Democrático de Direito,* Escola Superior do Ministério Público, Recife-1996. p. 97.
[11] ROCHA, J. E.D de Moura. Op. cit. p. 29.
[12] Id. ib., p. 45.
[13] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 11ª Edição, Malheiros, 1996. p. 113.
[14] ROCHA, J. E.D de Moura. Op. cit. p. 123.

É por isso que no Estado Democrático de Direito se desponta imprescindível a existência de uma instituição incumbida da defesa do regime democrático, da ordem jurídica e dos interesses sociais, cuja a atuação esteja vinculada aos princípios e objetivos fundamentais do Estado delineados na Constituição.

O Estado Democrático de Direito, consoante a Teoria do Estado, se configura pela existência de uma Constituição, pela distinção entre o poder constituinte e os poderes constituídos e, por fim, pela separação destes poderes constituídos entre si, contudo, no Constitucionalismo atual se mostra imprescindível estejam asseguradas outras instituições que tornem possível ao povo a realização dos seus direitos fundamentais e a exigência, no caso de violação a tais direitos, de imediata reparação.

E não há como esconder. Esta Instituição é o Ministério Público, promotora de justiça social, construtora da sociedade livre, justa e solidária. Instituição a quem se credita a função estatal que objetiva a defesa do respeito pela dignidade da pessoa humana, por meio daqueles mecanismos já ditos que lhe possibilitam cobrar do próprio Estado e dos particulares o respeito a ordem jurídica, aos direitos difusos e coletivos, aos direitos sociais, aos direitos individuais indisponíveis, enfim, exigir o atendimento aos propósitos do Estado Democrático de Direito.

Tratando da importância da existência de uma Instituição independente com tais prerrogativas, Marco Aurélio Lustosa Caminha[15] se faz pronunciar da seguinte forma:

> "A existência de uma função estatal com essa atribuição torna possível que cheguem ao Poder Judiciário – e que este chegue até elas, fator necessário para que se consolide como Poder, não mera função – as demandas mais importantes: as das massas desfavorecidas, as que visam a tutelar direitos difusos e coletivos da população e aquelas em que se discutem direitos de incapazes, contra quaisquer que sejam os violadores, sobretudo quando este é o próprio Poder Público – pois nessas causas é que se exteriorizam as mais variadas formas de violações de direitos humanos."

E arremata o festejado autor o seu discorrer demonstrando a correlação entre as exigências do Estado Democrático de Direito e as funções atribuídas ao Ministério Público, senão vejamos:

> "Somente abrindo-se um canal de acesso para que essas demandas mais importantes cheguem ao Poder Judiciário é que se poderão consolidar os objetivos últimos de um Estado de Direito. E não se concebe, atualmente, outro modo de criar tal via de acesso, senão mediante a instituição de uma função – que emane da soberania estatal – com prerrogativas próprias e com o dever de cobrar dos particulares e dos Poderes Públicos, inclusive judicialmente, o respeito àqueles direitos e interesses antes referidos, sem prejuízo de atribuir-se esse mister, concorrentemente, a outras entidades, como as associações e os colégios de advogados".[16]

Como se viu, as funções Ministeriais são fundamentadoras e conformadoras do próprio Estado Democrático de Direito, porém, não se limitam ao manuseio de instrumentos técnico-jurídico viabilizadores do acesso ao Poder Judiciário.

> "Oportuno destacar, também, que o Ministério Público não é órgão de atuação exclusivamente processual, pois dentre suas missões institucionais encontra-se uma gama infindável de atribuições extraprocessuais, muitas as quais desconhecidas dos demais profissionais do Direito e da própria sociedade. Por exemplo, quando instala e desenvolve inquérito civil, fiscaliza fundações, prisões e delegacias de polícia, como também quando procede ao exame das habilitações de casamento ou homologa acordos ou ainda quando estabelece os compromissos de ajustamento. Nesta medida, nota-se que o teatro de operações do Ministério Público se alarga e extrapola a órbita judicial, daí ter dito o legislador constituinte menos do que devia, na medida em que a instituição também é essencial em tarefas não-jurisdicionais a si incumbidas".[17]

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, posto que, como já salientado, boa parcela da população brasileira sequer sabe a respeito da Instituição Ministério Público.

Como se afirma e se sustenta aqui os Promotores de Justiça hão de sair de seus gabinetes para ouvir a população e, mais do que ouvir, agir em seu benefício, garantindo, desta forma também, não o acesso ao Poder Judiciário, mas o acesso aos seus direitos primários, zelando pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados constitucionalmente, promovendo as medidas necessárias a sua garantia. É a figura do Ministério Público "ombudsman".

5. 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)".[18]

---

[15] CAMINHA, M.A.L. em: http: www.jusnavigandi.com.br. Acesso em 01 de Julho de 2009.

[16] Id. ib.

[17] PORTO, S. G. *Sobre o Ministério Público no processo não criminal*. Rio de Janeiro: Aide, 1998. p. 16.

[18] 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.*

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".[19]

> "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, do da imprensa, o da saúde pública, o estudantil, o empresarial. Sendo um órgão investigatório, não tendo o poder de punir ou reparar qualquer injustiça".[20]

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".[21]

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".[22]

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."[23]

Repercutem nessas funções atribuídas ao Ministério Público as medidas que deverão ser manuseadas, manejadas pelo Órgão Ministerial para efetivá-las, para o combate efetivo à violação dos direitos sociais e humanos, valendo a pena trazer, mais uma vez, à baila a manifestação do eminente Marco Aurélio Lustosa Caminha[24], que sugere:

> "1 – buscar seja dado real atendimento nos hospitais e postos de saúde;
> 2 – fiscalizar a existência de vagas nas escolas;
> 3 – cuidar das condições em que se encontram os presos;

---

[19] FERREIRA FILHO, M. G. *Direitos humanos fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 87.*
[20] MAZZILLI, H.N. *O Ministério Público na constituição de 1988. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 101.*
[21] MAZZILLI, H.N. *O Promotor de Justiça e o atendimento ao público. 1985. São Paulo: Saraiva. p. 72-3.*
[22] CAMINHA, M.A.L. em: http: www.jusnavigandi.com.br. Acesso em 01 de Julho de 2009
[23] MAZZILLI, H.N. *Regime jurídico do ministério público. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 378.*
[24] CAMINHA, M.A.L. em: http: www.jusnavigandi.com.br. Acesso em 01 de Julho de 2009.

4 – receber petições, notícias de irregularidades, reclamações ou representações de qualquer pessoa ou natureza, por desrespeito aos direitos assegurados nas Constituições Federal e Estadual;
5 – instaurar e presidir sindicâncias e Inquéritos Civis Públicos para apuração dos fatos e postulações que lhes sejam apresentados, promovendo inspeções e auditorias em órgãos públicos, quando houver indício de prática de conduta delituosa, notadamente atos de improbidade, ou quando for conveniente à apuração dos fatos; neste mister, pode, ainda, requisitar meios materiais e servidores públicos, por prazo razoável, para o exercício de atividades técnicas ou especializadas;
6 – promover diligências e requisitar informações e documentos de quaisquer dos Poderes, órgãos ou entidades, no âmbito estadual ou municipal, e ainda entidades que exerçam função delegada do Estado ou Município, ou executem serviços de relevância pública, podendo os membros do 'parquet' dirigir-se diretamente a qualquer autoridade;
7 – expedir notificações e requisitar o auxílio dos órgãos de Segurança Pública, para garantia do cumprimento de suas atribuições;
8 – promover seminários e campanhas de conscientização dos servidores públicos e da comunidade no sentido de que todos se engajem na fiscalização dos órgãos públicos e serviços de relevância pública, pugnando pelo respeito aos princípios de legalidade e moralidade administrativa;
9 – realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil ou seus representantes legais;
10 – propor a adoção de medidas de caráter administrativo, visando ao aprimoramento e saneamento do serviço público;
11 – manter contatos com entidades e organismos que tenham por finalidade o combate a atos de corrupção e de improbidade administrativa, objetivando o estabelecimento de linhas de atuação conjunta e de mecanismos de apoio recíproco;
12 – 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, como, ainda, para adequá-la a eventuais direitos assegurados constitucionalmente."

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 plasmar 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, isto é, o povo.

6. 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 do Estado, 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 funcional[25] 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."[26]

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.

Em alguns Estados, como Paraná e Bahia existem modelos de atendimento ao público pelo Ministério Público que tem sido exitosos. No Paraná, inclusive, existem Promotorias de Justiça especializadas no atendimento à população: as Promotorias das Comunidades. 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.

Chama atenção o modelo paranaense porque há muito Mazzilli já advoga a idéia 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 atendimento[27].

Infelizmente, se faz premente constatar e reconhecer que a criação de novos cargos para o Ministério Público pernambucano, na conjuntura atual, com contingenciamento orçamentário e grave déficit de Membros, se torna impossível, todavia, sem maiores custos, certamente, pode-se, com criatividade e denodo dos Promotores de Justiça, conseguir fomentar a interação e o conhecimento recíproco da sociedade para com o Órgão Ministerial.

---

[25] 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.

[26] 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.

[27] MAZZILLI, H.N. *Manual do Promotor de Justiça*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 233-302.

Em nosso caso, mesmo sem ter conhecimento à época de tais iniciativas exitosas, sonhamos o "MP NAS RUAS" e buscamos diminuir o distanciamento entre a sociedade e o Ministério Público de Petrolina e partimos para a execução do projeto, sendo fim desse trabalho intelectual fazer conhecer os resultados práticos da empreitada desenvolvida no âmbito das Promotorias de Justiça petrolinenses.

7. O Projeto "MP NAS RUAS"

O Projeto "MP NAS RUAS", como já se salientou, surgiu com o escopo de aproximar o Ministério Público da sociedade petrolinense e de possibilitar que esta sociedade conhecesse o que o Promotor de Justiça pode realizar em benefício da população.

Assim, o Projeto, após consolidação do apoio e engajamento dos Promotores de Justiça, servidores e estagiários, teve a sua execução iniciada no mês de março de 2008 e teve marco final no mês dezembro do mesmo ano.

A metodologia empregada foi a de, a cada última sexta-feira do mês (com algumas variações), cerrar as portas das Promotorias de Justiça de Petrolina com o fim de levar todos os Promotores de Justiça, todos os servidores e estagiários aos bairros para atendimento a população.

Para divulgar o evento, produziu-se *spot*, cuja veiculação ficou a cargo das rádios locais, de forma gratuita.

A cada evento eram produzidos releases que geravam matérias jornalísticas e entrevistas em meio impresso e eletrônico, chamando a população para o evento e explicando sobre as demandas que podiam ser atendidas pelo Ministério Público.

No que é pertinente à organização, antes dos respectivos atendimentos se realizava reunião na escola onde o evento ocorreria, envolvendo a diretoria e docentes, além da presença imprescindível de mobilizadores sociais, para conscientizá-los sobre a importância do trabalho e da divulgação do evento.

Ainda como o intuito de divulgação ampla dos atendimentos ao público diretamente na comunidade, foram produzidas faixas para espalhar nos bairros e disponibilizado carro de som com a veiculação do *spot* publicitário, chamando ainda mais a atenção da população beneficiária.

No dia do evento, então, com o propósito de instruir a população envolvida, iniciávamos com a apresentação, ao público presente, de todos os Promotores de Justiça em atuação em Petrolina, descrevendo as suas áreas de atuação respectivas, muito embora nos eventos proporcionados pelo projeto todos os Promotores voltaram a ser generalistas, uma vez que, diante do número de pessoas atendidas, atendíamos todas as espécies de demandas trazidas, procurando, sempre que possível, resolvê-las naquele momento.

Empós, havia a apresentação de um vídeo institucional, onde, evidentemente, se mostrava de forma clara e objetiva as funções ministeriais.

Logo em seguida um grupo de teatro, adredemente contratado, realizava uma peça teatral, também, com o objetivo de conferir um conhecimento preliminar acerca do leque de atuação do Ministério Público de Pernambuco. Essa intervenção se mostrou de inestimável importância para o alcance do nosso objetivo primário, qual seja, o de nos fazermos conhecer, já que a linguagem teatral e a forma espontânea e direta com que as informações eram repassadas, certamente, contribuíram, decisivamente, para que as pessoas presentes no local de atendimento pudessem entender com mais clareza o que os Promotores de Justiça podem fazer pela comunidade.

Outro ponto que merece destaque com o uso da ferramenta do teatro diz respeito ao encantamento que os atores produziam nas crianças que ali estavam, lembrando que os eventos de atendimento ao público alvo se davam, geralmente, em escolas públicas da comunidade. Sem dúvidas a inclusão de crianças e adolescentes nos atendimentos realizados pelos Promotores de Justiça surtiram efeitos extraordinários, posto que com o vídeo institucional e a peça teatral apresentados no inicio dos atendimentos a população, onde havia a interação de todo o público, aqueles eram incentivados a produzir um texto ou um desenho, dependendo da faixa etária e da escolaridade, alusivo as funções Ministeriais, recebendo, os melhores textos ou desenhos, uma vaga gratuita em curso básico de informática, oferecido pelo SEST/SENAT, além de exemplares do jogo de memória "Primeiro a Infância", desenvolvido pelo Ministério Público com base no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Encerrada esta primeira fase, encetávamos, nós Promotores de Justiça e os estagiários de Direito, os atendimentos à população. Para efeito de controle e estatística, todas as demandas trazidas eram registradas em formulário previamente desenvolvido para encaminhamento, se fosse o caso, ao atendimento ordinário no âmbito da sede das Promotorias de Justiça de Petrolina, pelo Promotor de Justiça especializado. Para reforçar, buscando sempre a conciliação e a não judicialização das contendas, em casos de acordos de alimentos e até maus-tratos a idosos, foram firmados termos de ajustamento de conduta durante o próprio evento. Na mesma linha de atuação, inúmeros ofícios também foram expedidos imediatamente à recepção da demanda.

O "MP nas Ruas" contemplou nove comunidades do município de Petrolina, sendo cinco bairros da periferia e quatro distritos da zona rural, onde foram realizados 670 (seiscentos e setenta) atendimentos, resultando uma média de 74,4 (setenta e quatro vírgula quatro) de atendimentos por evento.

Para que se tenha uma idéia da expressividade dos números obtidos, no ano de 2007, 3.615 (três mil, seiscentas que quinze) pessoas procuraram o Ministério Público em Petrolina para trazer alguma demanda, o que perfaz uma média de 13,6 (treze vírgula seis) pessoas atendidas por dia útil. Desse total mais de 50% (cinqüenta por cento) das demandas que chegaram às Promotorias de Justiça de Petrolina não eram de sua atribuição.

De outra banda, além do incremento significativo do número de atendimentos, verificou-se uma diminuição do quantitativo das chamadas "demandas equivocadas" e um aumento de atendimentos onde cabiam a atuação Ministerial, vez que, no primeiro evento, apenas 32,6% das demandas recebidas de fato eram da alçada do Ministério Público e, ao final, a média geral foi de 50,2% das demandas de nossa atribuição.

Destarte, logrou-se êxito no trabalho de publicização e aproximação da instituição em relação à sociedade. Em face das iniciativas de divulgação do evento, através da imprensa, já se aproveitava para informar sobre as formas de atuação dos Promotores de Justiça. Além disso, as atividades pedagógicas realizadas pelos alunos das escolas visitadas despertaram o interesse de professores, alunos e pais sobre o que vem a ser o Ministério Público e como ele pode ser útil à comunidade.

Finalmente, há que se conferir destaque aos custos do projeto "MP NAS RUAS". Evidentemente, por conta das restrições orçamentárias do Ministério Público, foi imprescindível se estabelecer parcerias com Instituições e órgãos públicos e com a iniciativa privada, não se podendo olvidar do importante apoio, inclusive, financeiro, dispensado pela Procuradoria-Geral de Justiça, proporcionando, desta feita, o cumprimento das metas estabelecidas e o êxito do projeto.

8. Síntese Conclusiva

Buscou-se no presente trabalho constatar que há um hiato, um abismo entre o Ministério Público e a sociedade por ele defendida: um não conhece a importância do outro para o mútuo desenvolvimento.

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 da sociedade.

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, organizado e eficaz.

3. O modelo criado nas Promotorias de Justiça de Petrolina, através do projeto "MP NAS RUAS" pode ser estendido a todo o Ministério Público do Estado de Pernambuco, como campanha institucional de aproximação da instituição com o povo.

4. A administração superior do Ministério Público Pernambucano necessita fomentar e promover, baixando recomendação às Promotorias de Justiça, o atendimento direto ao povo, preferencialmente, nos bairros, fora do âmbito das sedes ministeriais.

5. A administração superior do Ministério Público Pernambucano deverá custear a execução do programa de atendimento nos bairros, nas Promotorias de Justiça que aderirem ao modelo de aproximação MP/povo, sem embargo do estabelecimento de parcerias com outras Instituições públicas e/ou privadas.

9. Referências bibliográficas

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.*

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.

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.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 11ª Edição, Malheiros, 1996.

080

A ATUAÇÃO DA PROCURADORIA DE JUSTIÇA CÍVEL DE PERNAMBUCO NA PROMOÇÃO E DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Judith Pinheiro Silveira Borba

Promotora de Justiça do Estado de Pernambuco

Com a redemocratização e a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve a ampliação da área de atuação do MP, não sendo simplesmente de guardião da lei, mas abarcando ainda a guarda da promoção da cidadania, da democracia e da justiça, da moralidade, além dos interesses da sociedade de uma maneira geral, como as etnias oprimidas, o meio ambiente, o patrimônio público e os direitos humanos, entre outros temas.

Para cumprir o seu papel, acumula hoje, na prática, as características de fiscal, ouvidor e advogado do povo, ou seja, ocupa, entre outras funções, a posição de defensor da sociedade contra possíveis abusos do Estado, ao mesmo tempo em que defende o Estado Democrático de Direito contra possíveis ataques de particulares de má-fé.

Assim, desde o final da década de 1970, o Supremo Tribunal Federal vem decidindo pela desnecessidade de intervenção do Ministério Público em feitos que tratam de direito disponível ou interesse público secundário (RE nº 86.328-PR, J. 13.11.79; RE nº 90.542-MG, J. 11.03.80; RE nº 91.180-MG, J. 25.03.80; RE nº 91.643-ES, J. 15.4.80).

A LEI COMPLEMENTAR DE PERNAMBUCO Nº 12 DE 27 DE DEZEMBRO DE 1994 E SUAS ALTERAÇÕES

A atuação do Ministério Público de Pernambuco é principalmente regulamentada pela Lei Complementar nº 12/94 e suas modificações, que dispõem sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público de Pernambuco.

Assim, estabelece o art. 2º do referido diploma legal que ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional, administrativa e financeira, cabendo-lhe, especialmente: praticar atos próprios de gestão sem prévia apreciação do Poder Executivo; praticar atos e decidir sobre a situação funcional e administrativa do pessoal, ativo e inativo, da carreira e dos serviços auxiliares, organizados em quadros próprios; propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos, bem como a fixação e o reajuste dos vencimentos de seus membros; organizar suas secretarias e os serviços auxiliares das Procuradorias e Promotorias de Justiça; compor os seus órgãos de administração; elaborar seus regimentos internos e exercer outras competências decorrentes de sua autonomia funcional, administrativa e financeira, obedecidas as formalidades legais (ressalvando-se a competência constitucional do Poder Judiciário e do Tribunal de Contas).

Na mesma linha da Constituição Federal, estabelece a referida norma estadual, em seus arts. 4º e 5º c/c a Lei Complementar de Pernambuco nº. 21/98, que, além de outras funções constitucionais e legais, incumbe ao Ministério Público: exercer a defesa dos direitos assegurados nas Constituições Federal e Estadual, sempre que se cuidar de garantir-lhe o respeito aos poderes estaduais ou municipais (por órgãos da Administração Pública Estadual ou Municipal, direta ou indireta; por concessionários e permissionários de serviço público estadual ou municipal; por entidades que exerçam outra função delegada do Estado ou do Município, ou executem serviço de relevância pública), cabendo propor ação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais, em face da Constituição Estadual; promover a representação de inconstitucionalidade para efeito de intervenção do Estado nos Municípios; promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; manifestar-se nos processos em que sua presença seja obrigatória por lei e, ainda, sempre que cabível a intervenção, para assegurar o exercício de suas funções institucionais, não importando a fase ou grau de jurisdição em que se encontrem os processos; exercer a fiscalização dos estabelecimentos prisionais, dos que abriguem idosos, crianças e adolescentes, incapazes, pessoas portadoras de deficiência, das entidades fundacionais, bem como daquelas que prestem serviços de finalidade pública; deliberar sobre a participação em organismos estatais de defesa do meio ambiente, neste

compreendido o do trabalho, do consumidor, de política penal e penitenciária e outros afetos à sua área de atuação; ingressar em juízo, de ofício, para responsabilizar os gestores do dinheiro público condenados por tribunais e conselhos de contas; interpor recursos ao Tribunal de Justiça do Estado, ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal; exercer, pelo Procurador Geral de Justiça e pelos Promotores de Justiça Criminais, de Execução Penal e de Defesa da Cidadania, o controle externo da atividade policial, por meio de medidas administrativas e judiciais.

Para o exercício de suas funções pode, inclusive: ter livre ingresso em delegacias de polícia, institutos médico-legais ou estabelecimentos prisionais; ter acesso a quaisquer documentos relativos à atividade de polícia judiciária; receber comunicação da prisão de qualquer pessoa por parte da autoridade policial estadual, no prazo legal com indicação do lugar onde se encontra o preso e cópias dos documentos comprobatórios da legalidade da prisão; acompanhar inquéritos policiais e outras investigações junto a organismos policiais civis ou militares, quando assim considerar conveniente à apuração de infrações penais; receber cópias dos relatórios anuais elaborados pela polícia judiciária, civil ou militar, quanto à prevenção e repressão à criminalidade; f) ter acesso a cópia de relatório ou boletim de ocorrência lavrados pela Polícia Civil ou pela Polícia Militar; requisitar diligências à Autoridade competente civil ou militar para instruir procedimentos administrativos de sua competência, na forma desta lei.

No exercício das atribuições, cabe ao Ministério Público, entre outras providências: receber notícias de irregularidades, petições ou reclamações de qualquer natureza, promover as apurações cabíveis que lhes sejam próprias e dar-lhes as soluções adequadas; zelar pela celeridade e racionalização dos procedimentos administrativos; promover audiências públicas e emitir relatórios, anual ou especiais, e recomendações, requisitando ao destinatário sua divulgação adequada e imediata, assim como resposta por escrito.

Assim, no exercício de suas funções, o Ministério Público poderá, como estabelece o art. 6º da Lei Complementar nº 12/94: "*I - instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los: a) expedir notificações para colher depoimento ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar, ressalvadas as prerrogativas previstas em lei; b) requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; c) promover inspeções e diligências investigatórias junto às autoridades, órgãos e entidades a que se refere a alínea anterior; II - requisitar informações e documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processo em que oficie; III - requisitar à autoridade competente a instauração de sindicância ou procedimento administrativo cabível; IV - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e de inquérito policial militar, observado o disposto no art. 129, inciso VIII, da Constituição Federal, podendo acompanhá-los;V - praticar atos administrativos executórios, de caráter preparatório; VI - dar publicidade dos procedimentos administrativos não disciplinares que instaurar e das medidas adotadas;VII - sugerir ao Poder competente a edição de normas e a alteração da legislação em vigor, bem como a adoção de medidas destinadas à prevenção e controle da criminalidade; VIII - manifestar-se em qualquer fase dos processos, acolhendo solicitação do juiz, da parte ou por sua iniciativa, quando entender existente interesse em causa que justifique a intervenção*".

Deve ser sempre lembrado que o membro do Ministério Público será responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar, inclusive nas hipóteses legais de sigilo.

Conforme estabelece o art. 7º, inc. III da Lei Complementar nº12/94 e suas modificações, são órgãos de execução do Ministério Público: "*a) o Procurador Geral de Justiça; b) o Colégio de Procuradores de Justiça; (Incluído pela nº. 57/04); c) o Conselho Superior do Ministério Público; (Renumerado pela LCE nº. 57/04); d) os Procuradores de Justiça; (Renumerado pela LCE nº. 57/04); e) os Promotores de Justiça; (Renumerado pela LCE nº. 57/04); d) as Centrais de Recursos; (Redação dada pela LCE nº. 128/08); e) os Procuradores de Justiça; (Renumerado pela LCE nº. 128/08); f) os Promotores de Justiça. (Renumerado pela LCE nº. 128/08)*".

Quanto ao Colégio de Procuradores de Justiça é composto por todos os Procuradores de Justiça e o seu regimento interno estabelece, em seu art. 3º, que compete ao Colégio de Procuradores de Justiça, na sua composição plena: "*I - opinar, por solicitação do Procurador-Geral de Justiça ou de 1/4 (um quarto) de seus integrantes, sobre matéria relativa à autonomia do Ministério Público, bem como sobre outras de interesse institucional; II - propor ao Procurador Geral de Justiça a criação de cargos e serviços auxiliares, modificações na Lei Orgânica e providências relacionadas ao desempenho das funções institucionais; III - propor ao Poder Legislativo a destituição do Procurador Geral de Justiça, pelo voto de 2/3 (dois terços) de seus integrantes e por iniciativa da maioria absoluta de seus membros, em caso de abuso de poder, conduta incompatível ou grave omissão dos deveres do cargo, assegurada ampla defesa; IV - eleger: o Corregedor Geral do Ministério Público; b) o Ouvidor Geral do Ministério Público; c) os membros elegíveis do Órgão Especial; V - elaborar e fazer publicar a lista de elegibilidade dos Procuradores de Justiça para os cargos de Procurador Geral de Justiça, do Órgão Especial, de Corregedor Geral do Ministério Público, Ouvidor Geral do Ministério Público, Conselheiros e aprovar, quando for o caso, as cédulas eleitorais, até dez dias antes das eleições; VI - destituir o Corregedor Geral e o Ouvidor Geral do Ministério Público, pelo voto de 2/3 (dois terços) de seus integrantes, em caso de abuso de poder, conduta incompatível ou grave omissão dos deveres do cargo, por representação do Procurador Geral de*

Justiça ou da maioria absoluta de seus membros, assegurada ampla defesa; VII - deliberar, por iniciativa de um quarto de seus integrantes ou do Procurador Geral de Justiça, que este ajuíze ação civil de decretação de perda do cargo de membro vitalício, nos casos previstos na Lei Orgânica do Ministério Público; VIII - dar posse ao Procurador Geral de Justiça, ao Corregedor Geral e ao Ouvidor Geral do Ministério Público; IX - investir no cargo de Procurador Geral de Justiça o membro do Ministério Público mais votado, se o Chefe do Poder Executivo não efetivar a nomeação, nos quinze dias que se seguirem ao recebimento da lista tríplice a que se refere o art. 128, § 3º, da Constituição Federal;X - desempenhar outras atribuições que lhe forem conferidas por Lei".

Acrescente-se ainda que as deliberações do Colégio de Procuradores de Justiça, sempre motivadas e publicadas por extrato (salvo nas hipóteses legais de sigilo ou por deliberação da maioria de seus integrantes) serão tomadas por maioria simples e, para ter quorum deverão estar presentes mais da metade de seus integrantes, cabendo também ao Presidente, em caso de empate, o voto de qualidade.

Já o Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça é composto pelo seu Procurador Geral (que o presidirá), pelo Corregedor Geral do Ministério Público, pelos seis procuradores de justiça mais antigos na classe e seis eleitos (estes últimos com mandato de dois anos, admitida uma reeleição).

Os integrantes do Órgão Especial, nas ausências previamente comunicadas, nos impedimentos legais para comparecer às sessões, ou em caso de vacância, serão substituídos por suplentes, assim considerados, para os membros natos, os seis Procuradores de Justiça que se lhes seguirem, em ordem de antiguidade, inclusive os eleitos, e, para estes, os seis Procuradores de Justiça que se lhes seguirem na votação, em ordem decrescente.

Compete ao Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça: I - aprovar a proposta orçamentária anual do Ministério Público, elaborada pela Procuradoria Geral de Justiça, bem como os projetos de criação de cargos da carreira e de serviços auxiliares; II - recomendar ao Corregedor Geral do Ministério Público a instauração de sindicância e processo administrativo disciplinar contra membro do Ministério Público; III - julgar recurso contra decisão: a) de vitaliciamento, ou não, de membro do Ministério Público; b) em processo administrativo disciplinar; c) proferida em reclamação sobre o quadro geral de antiguidade; d) de disponibilidade e remoção de membro do Ministério Público, por motivo de interesse público; e) de recusa do mais antigo à remoção ou à promoção pelo critério de antiguidade ou exclusão do remanescente em lista de merecimento; IV - decidir sobre pedido de revisão de procedimento administrativo disciplinar;V - rever, mediante requerimento de legítimo interessado, decisão de arquivamento de inquérito policial ou peças de informação determinada pelo Procurador Geral de Justiça, nos casos de sua atribuição originária; VI - elaborar o regimento interno do Colégio de Procuradores de Justiça e, submeter a este, em sua composição plena, para apreciação e aprovação; VII - decidir conflito de competência entre os órgãos da Administração Superior do Ministério Público; VIII – aprovar, anualmente, o Quadro Geral da Carreira do Ministério Público;IX – desempenhar outras atribuições que lhe forem conferidas por lei.

Já às centrais de recurso competem, conforme a Lei Complementar nº128/2008:

> I - tomar ciência, em lugar dos órgãos de execução, dos recursos que lhes caibam, quando expressamente delegado; II - dar suporte técnico e operacional aos demais órgãos de execução, nas situações processuais em que se vislumbre necessidade de interposição de recursos; III - manter sistema de acompanhamento e controle das decisões judiciais dos prazos recursais relativamente aos feitos em que o Ministério Público haja oficiado; IV - interpor, razoar e contra-arrazoar recursos judiciais, inclusive nos Tribunais Superiores, quando expressamente delegado.

Quanto à Procuradoria de Justiça Cível será coordenada por um integrante eleito, entre seus pares, e compreende cargos de Procuradores de Justiça (ordinalmente numerados a partir do primeiro), com a divisão interna dos serviços, através de critérios objetivos definidos pelo Colégio de Procuradores (visando à distribuição equitativa dos processos por sorteio), observadas, para esse efeito, as regras de proporcionalidade, especialmente a alternância fixada em função da natureza, volume e espécie dos feitos, (salvo se os respectivos procuradores definirem consensualmente, segundo critérios próprios, a divisão interna dos serviços, com aprovação do Procurador Geral de Justiça).

Prevê a Lei Orgânica do Ministério Público Estadual, em seu art. 19, entre outras atribuições, que cabe aos procuradores de justiça exercer as atribuições do Ministério Público junto ao Tribunal de Justiça do Estado (desde que não cometidas ao Procurador Geral de Justiça, e inclusive por delegação deste por seus respectivos Procuradores), inspeção permanente do trabalho dos Promotores de Justiça (nos autos em que oficiem, remetendo seus relatórios à Corregedoria Geral do Ministério Público) e solicitar ao Procurador Geral de Justiça a designação de até cinco Assessores Técnicos para cada uma das Procuradorias, escolhidos entre os Promotores de Justiça da mais elevada entrância.

Não deve ser esquecido que é obrigatória a presença, nas sessões de julgamento dos processos afetos à respectiva Procuradoria, do Procurador de Justiça mais antigo dentre os que oficiam perante cada órgão julgador, sendo substituído nas faltas, impedimentos e suspeições, na forma fixada pelos integrantes de cada Procuradoria.

Também são outros órgãos do Ministério Público: os centros de apoio operacional às promotorias de justiça, os órgãos de apoio técnico e administrativo, o Centro de Formação e Aperfeiçoamento Funcional, as centrais de inquérito, o núcleo de inteligência e a Ouvidoria do Ministério Público.

PROCURADORES DE JUSTIÇA COM ATUAÇÃO NA ÁREA CÍVEL E A DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1 A tutela judicial dos direitos fundamentais pelo Ministério Público

No processo civil pode o Ministério Público atuar como parte autora ou como órgão interveniente.

Como parte autora, a atuação do *Parquet* dá-se como órgão agente onde a instituição requer, ao Poder Judiciário, a prestação da tutela jurisdicional em nome de outrem.

A doutrina tem subdividido tal atuação como órgão agente (parte autora) em duas hipóteses, quais sejam, parte *pro populo (*atuando com legitimação ordinária para a tutela de interesses transindividuais) e substituto processual (atuando com legitimação extraordinária para a tutela de interesses individuais indisponíveis).

Já como órgão interveniente, o Ministério Público atua não como parte autora, mas na qualidade de *custos legis* (fiscal da execução da lei) nas causas em que houver interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte como órgão interveniente ,em um processo que já tramita.

Assim, no atual ordenamento jurídico foram delegadas à instituição, dentro da esfera cível:

> a) o zelo pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia (art. 129, II, da CF);
> b) a promoção do inquérito civil e da ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, III, da CF);
> c) a promoção da ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados (art. 129, IV, da CF).
> d) e inúmeras funções extraprocessuais como o atendimento direto da comunidade, resolvendo dúvidas e apresentando direitos (explicitamente permitidas no art. 129, IX, da CF, com a única advertência de serem sempre compatíveis com sua finalidade, o que remete ao *caput* do art. 127, da CF).

Neste último caso, deve ser entendido que a vedação de representação judicial e consultoria jurídica de entidades públicas permanece expressa (art. 129, IX, da CF), pois modernamente foi muito bem delegada à procuradoria e advocacia das entidades governamentais (arts. 131, *caput*, e 132, *caput*, da CF).

Ou seja, com a nova destinação constitucional do Ministério Publico de defensor dos direitos indisponíveis da coletividade e verdadeiro *advogado da sociedade* deve, como interveniente e fiscalizador da plena aplicação das leis, nos feitos referentes à Fazenda Pública, buscar aprimorar o instituto com vistas ao que almeja o Texto Constitucional, ao que deseja a sociedade, e em razão dos próprios fins do processo, que, como bem se sabe, exige menos formalismos e mais efetivação da verdadeira justiça, célere e objetiva.

UMA FORMA DE ATUAÇÃO PRÓ-ATIVA

O Ministério Público é um dos instrumentos de efetivação da cidadania e, assim, deve atuar, com outros órgãos públicos de forma interfacial, inclusive com o próprio poder público, na tentativa de consecução do bem comum, conforme a previsão constitucional.

Ou seja, mesmo como "custus legis", deve observar as questões administrativa, civil e penal, repassando a quem tem atribuição para atuar (inclusive na defesa dos direitos da cidadania e qualquer interesse de cunho difuso ou coletivo quando houver interesse público primário).

Neste sentido, deve ser lembrado ainda que o Ministério Público pode apresentar provas, pois, somente os documentos tidos como indispensáveis (porque substanciais ou fundamentais) são necessário para acompanhar a inicial e a defesa, podendo haver a juntada dos demais em outras fases e até mesmo na via recursal, desde que ouvida a parte contrária e inexistente o espírito de ocultação premeditada e de surpresa do juízo (Código de Processo Civil, artigos 397, 517).

Esta é a linha já adotada pelos tribunais, como se observa, por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça, quando, decidiu: "*1. A jurisprudência desta Corte tem admitido a juntada de documentos que não os produzidos após a inicial e a contestação, em outras fases do processo, até mesmo na via recursal, desde que respeitado o contraditório e ausente a má-fé. 2. Não é absoluta a exigência de juntar documentos na inicial ou na contestação. A juntada de documentos em sede de apelação é possível, tendo a outra parte a oportunidade de sobre eles*

manifestar-se em contra-razões.O art. 397 do CPC assim dispõe: 'É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados, ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos.' 3. Recurso especial desprovido.(STJ – 1ª T., REsp nº 780.396/PB, Rel. Min. Denise Arruda, DJ 19.11.2007, p. 188).

Desta forma, pode o procurador de justiça (tendo em mãos o processo para dar um parecer em fase de recurso) investigar se os fatos narrados no processo continuam acontecendo.

Exemplifica-se, por exemplo, com a possibilidade do Procurador de Justiça Cível se utilizar de serviços do apoio do Ministério Público para melhor chegar a uma conclusão, juntar um parecer técnico com fotos atuais sobre o caso na fase recursal e opinar de forma condizente com a realidade atualizada e baseada em dados profissionais.

Cabe ainda, se o caso requerer, existir uma interface entre as procuradorias cíveis e criminais e promotorias de justiça que atuaram na primeira instância, principalmente se o autor ou o réu da ação é o Ministério Público.

Também pode o órgão de execução do Ministério Público emitir relatórios anuais ou especiais, encaminhando-os aos centros de apoio para que as questões de cidadania sejam enfrentadas de forma efetiva e objetiva, com apoio de todos, inclusive, se for o caso, deve buscar contato com outros organismos com atividades afins (inclusive com a sociedade civil organizada), no sentido de intercâmbio de informações e estabelecimento de linhas de atuação comuns, buscando ainda apoio técnico junto àqueles.

Assim cabe a realização de reuniões periódicas entre os procuradores cíveis e os coordenadores de CAOPs para consecução dos fins visado e eleição de prioridades.

Conclui-se, por tudo o que foi dito anteriormente, deve ser disponibilizado pela instituição, mesmo que não permanentemente para cada procuradoria cível, quando se fizer necessário, sala com meios materiais e humanos com um mínimo de estrutura material e pessoal (como os auxiliares e oficiais de promotorias) e equipe técnica.

CONCLUSÃO

Então, deduz-se que muitas das conquistas do Ministério Público pós-Constituição Federal ainda não foi incorporada pela Procuradoria de Justiça Cível de Pernambuco, principalmente na defesa dos direitos fundamentais.

Desta forma, se faz necessário que:

– Sejam realizados cursos de aperfeiçoamento e reuniões mensais, inclusive com estudo de casos, para que haja um posicionamento mais uniforme em prol dos direitos fundamentais do cidadão;

– A Central de Recursos informe ao procurador de justiça, que forneceu o parecer, o posicionamento tomado pela Câmara quando tomar ciência da decisão ou interpor recurso;

– Maior interligação entre a coordenação da Procuradoria de Justiça Cível, os seus demais integrantes, os centros de apoio operacional e a sociedade civil organizada, principalmente para haver a presença popular nos julgamentos do Tribunal de Justiça em ações civis públicas propostas pelo Ministério Público, após representação da sociedade civil organizada;

– Ações de grande interesse público primário e mega repercussão sejam assinadas pelo promotor de justiça e procurador de justiça, que atuaram em todo o processo, inclusive em grau de recurso;

– Seja preferencialmente o mesmo procurador de justiça o que assina o parecer e o que assiste a sessão que o julgar, o que possibilitará a realização de sustentação oral nos casos em que achar necessário e pedir prioridade quando entender necessário;

– Utilização dos órgãos de apoio técnico administrativo quando se fizer necessário, inclusive para comprovar se a realidade fática atual ainda é a mesma narrada no processo;

– Melhor aparelhamento da Procuradoria de Justiça Cível, mesmo que seja em uma grande sala única, dividida por divisórias de vidro, com uma secretaria única e com os meios materiais e humanos com um mínimo de estrutura material e de pessoal (como os auxiliares e oficiais de Promotorias).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

_____. Constituição (1988). Emenda constitucional n.º 26, de 14 de fevereiro de 2000. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Legislativo, Brasília, DF, 15 fev. 2000.

_____. Lei n.º 10.741, de 1.º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 3 out. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ ccivil/LEIS/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 15 jan. 2007.

_____. **Lei n.o 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.** Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 2002. **Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 25 mar. 2007.**

- Regimento Interno do Colégio de Procuradores do Ministério Público de Pernambuco. Disponível no site www.**mp.pe**.gov.br/arquivo/colegio/**regimento**_colegio.htm em 29.03.2009;

- *Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de Pernambuco. Disponível no site* www.mp.pe.gov.br/index.pl/institucional *em 29.03.2009;*

BELTÂO; Irapuã Gonçalves de Lima, *Conceitos iniciais sobre os direitos e garantias fundamentais na Constituição BELTÃO* www.vemconcursos.com/opiniao/index.phtml?page_ordem=assunto&page_id=1936 Acessado em 06/04/2007.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da Republica Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ CCIVIL_03/ Constituicao/Constituiçao.htm>. Acesso em: 25 mar. 2007.

CARNOY, Martin. *Estado e teoria política.* Campinas, SP: Papirus, 1998;

FELICANO, Guilherme Guimarães. Tutela Processual dos direitos humanos nas relações do trabalho. jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7810 - 59k, Acessado em 31/3/2007.

FILOMENO, José Geraldo Brito. O Ministério Público Como Guardião Da Cidadania. http://www.geocities.com/collegePark/Lab/7698/const17.htm . Acessado em 21/10/2008.

HONNETH, Axel. Luta por Reconhecimento. A gramática moral dos conflitos sociais. Editora 34, Capítulos 5, 6 e 8;

HISTÓRICO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, SITE OFICIAL http://www.prdf.mpf.gov.br/institucional/hisMPF/ . Acessado em 24/12/2008

KING, Martin Luther. *Não Podemos Esperar*. SP: Editora Senzala LTDA, 1968;

KOERTER, Andrey. *Ordem política e sujeito de direito no debate sobre direitos humanos.* Lua Nova. Nº57.

LIMA Jr, Jayme Bevenuto. *O caráter expansivo dos direitos humanos na afirmação de sua indivisibilidade e exigibilidade in Lima Jr.Jayme Bevenuto* org. Direitos Humanos Internacionais: Avanços e desafios no início do Século XXI. Recife: DH Internacional. Gajop, 2001.

MACHADO, Antônio Cláudio, A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro. São Paulo. Gráfica Editora LTDA. 1989.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Introdução ao Ministério Público. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MERTZ, Eliane Moraes de Almeida. *Direitos Humanos Fundamentais e o Direito Internacional.* http://www.direitonet.com.br/artigos/x/16/31/1631. Acessado em 4/04/2007.

MOREIRA , Rômulo de Andrade. Momento do parecer do procurador de Justiça em segunda instância no processo criminal http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8708 . Acessado em 15/10/2008.

MORO, Rolando Raul. A Tutela dos Direitos Fundamentais do Cidadão pelo Ministério Público. http://www.amprs.org.br/arquivos/comunicao_noticia/Tutela_Judicial_dos_Direitos_Fundamentais_205.pdf . Acessado em 11/01/2009

NOGUEIRA, Isildinha. *Direitos Humanos e a Discriminação. Compromisso e comprometimento de uma psicanalista.* Conselho Regional de Psicologia- 2ª Região. Ed. Universitária – UFPE. 2004.

OLEIVEIRA, Maria Rosynete. Em busca de um atuar qualificado do Ministério Público no Cível http://www.mpdft.gov.br/joomla/index.php?option=com_content&task=view&id=298&Itemid=93 . Acessado em 03/01/2009.

REIS, Carlos Bernardo Alves Aarão. *Notas acerca da Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais como Limite à Discricionariedade Administrativa.* http://www.congressovirtualmprj.org.br/site/uploads/EfetivD.Sociais.doc. Acessado em 06/04/2007.

RIBAS, Luciano do Monte. *Direitos da Humanidade.* http://www.angelfire.com/sk/holgonsi/lucianno.html Acessado em 09/04/2007

SANTOS, Gustavo Ferreira. *Princípio Constitucional da Igualdade e Acesso ao Ensino Superior: O Problema das Cotas Raciais. especialistasdh@hotmail.com.* Acessado em *04/04/2007.*

SOUZA, Celso Jerônimo de Sustentação oral do Ministério Público nos tribunais http://www.mp.ac.gov.br/4/files/tese18.pdf . Acessado em 16/01/2009.

TAVARES, Gustavo Machado. O Ministério Público e a natureza jurídica de sua intervenção no processo civil. http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7520. Acessado em 03/2005.

TESHEINER, José Maria. O Ministério Público como fiscal da lei no processo civil http://www.tex.pro.br/wwwroot/artigosproftesheiner/MP.htm . Acessado em 30/10/2008.

ZALUAR, Alba. *Da revolta ao crime S/A* . São Paulo: Moderna,1996.

ZENKNER, Marcelo. Ministério Público e Efetividade do Processo Civil. Temas Fundamentais de Direito. V3. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo. 2006.

081

POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL DE PROMOTOR DE JUSTIÇA EXERCER MANDATO EM ÓRGÃOS DA ADMINISTRAÇÃO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO FATOR DE INTERAÇÃO CORPORATIVA

Wendell Beetoven Ribeiro Agra

Promotor de Justiça/RN

SÍNTESE DOGMÁTICA

1. São inconstitucionais, por ofensa aos princípios da isonomia, da razoabilidade, da proporcionalidade e da unidade do Ministério Público, as restrições contidas nos arts. 14, inciso II, e 16, *caput*, da Lei nº 8.625/1993, sendo admissível, independentemente de alteração da legislação infraconstitucional federal ou estadual, que qualquer membro do Ministério Público, com mais de 10 anos de carreira e 35 anos de idade, concorra às eleições internas para as funções de membro do Conselho Superior e de Corregedor-Geral do Ministério Público, em igualdade de condições;

2. A chefia do Ministério Público, respeitando os mandatos atuais, deve, no exercício do poder de autotutela da Administração Pública, reconhecer o vício de constitucionalidade no processo seletivo dos Conselheiros e Corregedor-Geral, a fim de que, nas próximas eleições, sejam acatadas as eventuais candidaturas de Promotores de Justiça que atendam aos requisitos contidos na Lei nº 11.372/2006 (aplicada analogicamente), ou outros que sejam incorporados às Leis Orgânicas dos respectivos Ministérios Públicos estaduais;

3. Não ocorrendo essa iniciativa do Procurador-Geral de Justiça, é legítima a provocação da tutela jurisdicional, pela associação de classe ou por quem tenha interesse de concorrer, inclusive através da impetração de mandado de segurança.

FUNDAMENTAÇÃO

1. Apresentação

O Ministério Público é uma instituição permanente e incumbida pela Constituição Federal de zelar pelos mais caros valores e fundamentos da nossa República Federativa, em especial pela defesa da ordem jurídica e do regime democrático. Para a consecução de sua finalidade, o legislador constituinte lhe outorgou os instrumentos e garantias imprescindíveis. Paradoxalmente, a democracia interna é capenga e sua estrutura organizacional padece de vícios que afrontam princípios constitucionais, como é o caso do impedimento aos Promotores de Justiça de exercerem mandatos de Corregedor-Geral ou de membro do Conselho Superior do Ministério Público.

A pretensão do presente estudo, em forma de tese, é demonstrar a inconstitucionalidade das normas que reservam apenas aos Procuradores de Justiça a possibilidade de concorrerem às eleições para aquelas funções, examinado a questão sob enfoque dos princípios da isonomia, da razoabilidade, da proporcionalidade e da unidade institucional, a fim de evidenciar que, não obstante a conveniência da reforma da legislação infraconstitucional, existe e é exigível o direito de Promotores de Justiça apresentarem candidatura e, em caso de resistência, buscarem a tutela jurisdicional para assegurá-lo. São também sugeridas algumas propostas de mudança na estrutura organizacional dos Ministérios Públicos estaduais, como forma de racionalização dos limitados recursos materiais e pessoais.

As propostas apresentadas não são, provavelmente, inéditas em conclaves ministeriais. Contudo, são tratadas sob novos enfoques, inclusive quanto à influência da criação do Conselho Nacional do Ministério Público e da incidência dos princípios da isonomia entre membros da instituição, da razoabilidade e da proporcionalidade.

2. A estrutura organizacional do Ministério Público e a inconstitucionalidade de restrição de acesso aos órgãos da Administração Superior

A Constituição Federal definiu a feição institucional do Ministério Público, suas incumbências, princípios regentes, mecanismos de autogoverno, garantias e vedações dos seus membros, forma de ingresso na carreira e funções institucionais, sendo, posteriormente, criado, por Emenda, o órgão de controle externo de caráter nacional. O legislador constituinte originário, ressaltando ainda mais o caráter nacional da Instituição, determinou que leis complementares da União e dos Estados, de iniciativa dos respectivos Procuradores-Gerais, estabeleceriam as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas as diretrizes contidas na própria Constituição (art. 128, §5º), prevendo ainda a necessidade de uma lei, de iniciativa do Presidente da República, que dispusesse sobre normas gerais para a organização dos Ministérios Públicos dos Estados (art. 61, §1º, inciso II, *d*). A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, com as falhas legislativas minudenciadas por Hugo Nigro Mazzilli[1], foi instituída como *lei ordinária* – Lei nº 8.625, de 12/02/1993.

O legislador ordinário, porém, desvirtuando a delegação constitucional, criou, na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, restrições de acesso aos órgãos da administração superior que conflitam com os princípios constitucionais da unidade institucional, da isonomia e da razoabilidade, instituindo, no âmbito dos Ministérios Públicos estaduais, uma reserva de poder para uma determinada classe funcional, distinguindo entre membros que podem exercer determinadas funções e outros que não podem, como se integrassem carreiras diferentes.

Ao dispor sobre a composição dos órgãos da administração superior, a Lei nº 8.625/1993 repetiu a restrição contida na antiga Lei Complementar nº 40/1981 – primeira Lei Orgânica Nacional do Ministério Público – permitindo apenas aos Procuradores de Justiça a elegibilidade para o Conselho Superior do Ministério Público[2] e, quanto à função de Corregedor-Geral[3], inovou para também restringi-la àquela classe funcional. Essa restrição, porém, na nova Ordem Constitucional, afronta os princípios constitucionais que regem a própria instituição e cria uma divisão numa carreira de Estado que, necessariamente, por imposição constitucional, deve ser única e indivisível. Com efeito, se a Carta Magna não faz distinção entre membros do Ministério Público, tratando a todos indistintamente como "integrantes da carreira" (art. 128, §3º), estabelecendo, como princípios institucionais, a unidade e indivisibilidade, não poderia jamais o legislador infraconstitucional estabelecer direitos ou prerrogativas que somente possam ser exercidos por uma parcela dos seus membros.

A inconstitucionalidade da Lei Federal nº 8.625/1993 inicia por dispor de matéria – normas de organização dos Ministérios Públicos dos Estados – que a Constituição Federal reservou às leis complementares estaduais, mas fica ainda mais evidenciada quando, apenas em relação a alguns órgãos da Administração Superior, impediu o acesso de Promotores de Justiça[4]. Vale notar que, por não ser complementar à Constituição da República, suas normas não integram a eficácia das normas constitucionais e, com muito mais razão, não podem restringir o alcance dos princípios expressamente consagrados na própria Carta. Em síntese, relativamente à organização dos Ministérios Públicos estaduais, as restrições contidas na Lei nº 8.625/1993 não têm o *status* de legislação constitucional, nem mesmo complementar. Logo, seria inviável buscar nela o fundamento de validade para a discriminação entre integrantes da carreira, que subsiste, assim, apenas nas leis orgânicas estaduais e, nestas, conflita com os princípios constitucionais já referidos.

No sistema organizacional adotado na Lei Orgânica Nacional, e repetido nas legislações locais, o Colégio de Procuradores de Justiça só pode ser integrado pelos membros que ocupem o cargo de Procurador, inexistindo controvérsia a respeito de sua composição, embora seja discutível, sob o enfoque da racionalidade, a necessidade de dois órgãos colegiados numa mesma estrutura[5]. Já no Conselho Superior, que tem relevantes competências, inclusive de planejamento institucional e de movimentação de membros na carreira, é imprescindível que haja uma democratização na sua composição, a fim de que seja efetivamente representativo.

A essência de um conselho é se constituir num corpo consultivo e deliberativo que efetivamente represente o pensamento de um determinado grupo, o que requer participação e pluralismo. A legitimidade do conselho, necessariamente, está vinculada à forma como é composto: se democrática ou não. Só se pode falar de democracia

---

[1] Regime jurídico do Ministério Público. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 247 e ss.

[2] O §1º do art. 11 dispunha que "O Conselho Superior será presidido pelo Procurador-Geral de Justiça e integrado por Procuradores de Justiça".

[3] Na disciplina daquela lei complementar, o Corregedor-Geral, que não tinha mandato, era designado pelo Procurador-Geral de Justiça, a partir de lista tríplice apresentada pelo Colégio de Procuradores (art. 7º, IV). Não existia, portanto, a vedação a que Promotor de Justiça foi incluído na lista tríplice e designado pelo chefe da instituição (o qual, por sua vez, não precisava, necessariamente, ser da carreira do Ministério Público).

[4] Se, hipoteticamente, estivesse o legislador ordinário federal habilitado a criar esse tipo de restrição, seria de se esperar que o tivesse feito em relação ao cargo de Procurador-Geral de Justiça, que é o mais importante na estrutura organizacional. As restrições que existem, em alguns Estados, decorrem das respectivas legislações locais – igualmente inconstitucionais – e não da Lei Orgânica Nacional.

[5] O Conselho Superior, mediante alteração legislativa, poderia aglutinar as competências do Colégio, evitando a duplicidade de órgãos colegiados na administração superior que ontologicamente têm a mesma natureza. Nos ramos do Ministério Público da União, os respectivos Colégios congregam todos os integrantes da carreira, e não apenas alguns, como nos Estados.

efetiva se todos os membros puderem ativa ou passivamente participar do processo em igualdade de condições, a fim de que sejam e se sintam efetivamente representados.

É imperativo constitucional que todos os integrantes da carreira tenham tratamento isonômico, gozando das mesmas prerrogativas e direitos e se submetendo às mesmas vedações e deveres. Procuradores e Promotores de Justiça integram carreira única, com exatamente os mesmos requisitos de ingresso e vitaliciamento, não havendo qualquer superioridade dos primeiros em relação aos últimos. No âmbito do Ministério Público só existe hierarquia no sentido administrativo por parte da chefia da Instituição, nunca funcional.

Há uma tendência histórica, porém irracional, em se tratar Procuradores de Justiça como se fossem uma instância superior do Ministério Público, num espelhamento da organização judiciária, mas há de se considerar que não há sequer instâncias na estrutura ministerial e que Procuradores não revisam atos funcionais de Promotores de Justiça. No Ministério Público, ao contrário do Poder Judiciário, não existem instâncias superiores e inferiores. As atividades dos órgãos de execução – Procuradores e Promotores – é que se desenvolvem perante juízos de instâncias e entrâncias diferentes, o que absolutamente não interfere nas competências administrativas internas. Assim, os Procuradores representam a Instituição perante o Tribunal de Justiça e, os Promotores, perante os Juízos de Direito. Já perante o STF e STJ, por exemplo, atua o Ministério Público Federal, que não tem qualquer ingerência nem tampouco ascendência sobre os congêneres estaduais.

Da mesma forma que, por exemplo, um Promotor de Justiça de 3ª entrância não é superior a outro de 1ª ou de 2ª entrância, ou mesmo Substituto, um Procurador não está num patamar hierárquico acima de qualquer Promotor de Justiça. Tanto é assim que, na maioria dos Estados, qualquer membro do Ministério Público – até mesmo um Promotor de Justiça Substituto – pode exercer a chefia da instituição, desde que perfaça de 10 anos de carreira e 35 anos de idade, independentemente de ser Procurador ou Promotor. Ou seja, qualquer integrante da carreira que atenda a esses requisitos pode – se eleito pelos pares e nomeado pelo Governador – exercer o cargo de Procurador-Geral de Justiça e, como tal, presidir o Colégio de Procuradores e o Conselho Superior. É inegável, porém, que, na prática, existe um tratamento que privilegia os Procuradores de Justiça, seja no plano legal, seja na disponibilização de condições de trabalho (assessores, servidores, gabinetes etc.).

Apesar da diferença na nomenclatura, a natureza do cargo de Procurador é a mesma do de Promotor de Justiça, gozando, no plano interno, dos mesmos direitos, deveres e prerrogativas inerentes a todos os membros do Ministério Público. A simples duplicidade de nomenclatura não implica em inconstitucionalidade, uma vez que o nome, por si só, não muda a natureza jurídica do cargo; o que efetivamente afronta o princípio constitucional da isonomia é o tratamento diferenciado sem razão plausível.

Ao excluir dos Promotores de Justiça a capacidade eleitoral passiva, relativamente às funções de Conselheiro e Corregedor-Geral, a Lei nº 8.625/1993 incidiu em indisfarçável inconstitucionalidade material e dividiu os integrantes da carreira em duas categorias: os que podem desempenhar todas as funções institucionais (os Procuradores de Justiça) e os que podem desempenhar apenas algumas (os Promotores de Justiça). Uns podem votar e ser votados; outros, só votar. É como se os Promotores constituíssem uma espécie de eleitores analfabetos ou adolescentes, para os quais somente se reconhece o direito de votar, mais não de serem votados (CF, art. 14). Esse talvez seja o maior paradoxo de uma instituição que, constitucionalmente, tem a incumbência de defesa do regime democrático, mas que, internamente, rechaça a democracia.

A configuração constitucional do Ministério Público, contudo, não admite qualquer distinção entre integrantes da carreira de acordo com o cargo que ocupem, de sorte que os Procuradores de Justiça não podem ter qualquer privilégio em relação aos demais integrantes da carreira. Da mesma forma, os Promotores de Justiça da mais elevada entrância não os podem ter em relação aos demais. A isso se dá o nome de aristocracia, ou seja, a antítese da democracia. Pior, só a ditadura.

3. A unidade do Ministério Público

A Constituição Federal vigente conferiu ao Ministério Público um perfil unitário, sendo a instituição regida, em seus diversos ramos e unidades federativas, pelos mesmos princípios, garantias, vedações e funções institucionais. Além da concepção tradicional, segundo a qual o princípio da unidade significa que todos os membros integram um só organismo, o mesmo princípio, intimamente relacionado com o da isonomia, implica na vedação de discriminação de uns membros em relação a outros no plano funcional. A unidade da organização pressupõe interação corporativa.

O Conselho Nacional do Ministério Público, instituído pela Emenda Constitucional nº 45/2004, como órgão de controle externo, tornou ainda mais evidente esse caráter unitário nacional na medida em que, à semelhança do Conselho Nacional de Justiça, estabelece parâmetros de atuação e fixa políticas institucionais a serem implementadas pelos diversos Ministérios Públicos, exercendo ainda em relação aos seus membros poder correcional e disciplinar (inclusive como instância revisora), sem prejuízo da autonomia funcional e administrativa de cada um.

Os dispositivos constitucionais que tratam das competências do CNMP deixam claro que o controle externo se dirige tanto aos membros quanto aos órgãos do Ministério Público (art. 130-A, §2º, II e III), evidenciando que membros e órgãos não são a mesma coisa, como parece óbvio. Como é cediço, promotor não se confunde com

promotoria nem procurador com procuradoria. Procuradorias e promotorias são órgãos administrativos, ao passo que procuradores e promotores são órgãos de execução. O Conselho Superior do Ministério Público é órgão administrativo e de execução, ao tempo em que o Colégio de Procuradores é exclusivamente administrativo, nos termos dos arts. 5º, 6º, 7º, 19 e 23 da Lei nº 8.625/1993.

As observações se fazem necessárias, no contexto tratado, porque, na estrutura organizacional instituída pela Lei Orgânica Nacional, é feita certa confusão entre órgãos administrativos e de execução, como ao restringir às funções de Conselheiro e Corregedor-Geral apenas aos Procuradores de Justiça, não fazendo o mesmo, contudo, em relação ao cargo de Procurador-Geral. Não há qualquer relação de dependência entre as atividades do Conselho Superior e da Corregedoria, que são preponderantemente internas, e as atribuições do cargo de Procurador de Justiça, que são exercidas junto ao Tribunal (art. 31 da Lei nº 8.625/1993). Ao ser promovido ao cargo de Procurador (forma de provimento derivado), o Promotor de Justiça não muda de carreira, mas apenas de classe funcional. Nesse contexto, é irrelevante, para o exercício de qualquer daquelas atividades – que têm em comum a elegibilidade –, o órgão de execução que de que o pretendente é titular, podendo até não exercer a titularidade de órgão algum (Promotor Substituto ou em disponibilidade).

Destarte, não há qualquer incompatibilidade ou sequer inconveniente que se possa objetar ao exercício das funções de Conselheiro do CSMP ou de Corregedor-Geral por Promotores de Justiça, sendo essa possibilidade uma decorrência dos princípios da isonomia e unidade institucional, dentre outros adiante relacionados.

4. Os princípios da isonomia, da razoabilidade e da proporcionalidade como fatores impeditivos da discriminação entre membros do Ministério Público

O Ministério Público é uma instituição do Estado, eminentemente destinada a promover o interesse público e que, justamente por isso, deve pautar sua atuação pelos princípios fundamentais da nossa República Federativa e os que regem a Administração Pública, sejam aqueles expressamente encartados no art. 37 da Constituição, sejam os princípios gerais da atividade administrativa, dentre os quais merecem destaque os da isonomia, da razoabilidade e da proporcionalidade.

O princípio da isonomia não admite discriminações que não sejam razoáveis e proporcionais, ou seja, o eventual tratamento diferenciado só é tolerado quando imprescindível para se alcançar a própria igualdade. Conforme Alexandre de Moraes[6], "*A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual nos casos desiguais, na medida em que se desigualam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito*".

O princípio da razoabilidade, no âmbito do direito administrativo-constitucional, funciona como norma fundamental de sindicabilidade da ação administrativa, consubstanciando-se numa proibição de arbitrariedade, um mandamento de racionalidade e uma imposição de justiça e bom senso. A doutrina de José Roberto Pimenta Oliveira[7] é esclarecedora a esse respeito: "*As exigências de razoabilidade e proporcionalidade da atuação administrativa constituem pautas principiológicas fundamentais de um legítimo proceder estatal em um Estado Democrático. Integram o direito positivo enquanto princípios jurídicos estruturadores do regime jurídico-administrativo, do qual recebem uma determinada compostura, a partir da qual delineiam todo o desenvolvimento da função administrativa*". E diz mais: "*Razoabilidade e proporcionalidade são instrumentos de realização ou concretização da Constituição, de seu projeto de cidadania e de defesa da dignidade humana, exigentes de proscrição, em todas as suas formas, da arbitrariedade administrativa*".

No mesmo sentido aponta a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal[8]: "*o princípio da proporcionalidade visa a inibir e a neutralizar o abuso do Poder Público no exercício das funções que lhe são inerentes, notadamente no desempenho da atividade de caráter legislativo. Dentro dessa perspectiva, o postulado em questão, enquanto categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, atua como verdadeiro parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. Isso significa, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe de competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal. A jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, bem por isso, tem*

---

[6] Direito constitucional. 6ª Ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 61.

[7] Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 542.

[8] Decisão do Min. Celso de Mello no HC nº 100.362 – MC/SP, divulgada no Informativo nº 559.

censurado a validade jurídica de atos estatais, que, desconsiderando as limitações que incidem sobre o poder normativo do Estado, veiculam prescrições que ofendem os padrões de razoabilidade e que se revelam destituídas de causa legítima, exteriorizando abusos ina-ceitáveis e institucionalizando agravos inúteis e nocivos aos direitos das pessoas (RTJ 160/140-141, Rel. Min. CELSO DE MELLO - RTJ 176/578-579, Rel. Min. CELSO DE MELLO - ADI 1.063/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

Nesse contexto, aplicando-se à atividade do Ministério Público os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, mostra-se completamente desarrazoada a restrição contida na legislação ordinária – e não na Constituição, repita-se – que impede os Promotores de Justiça de disputarem as eleições internas para os cargos de Conselheiro e Corregedor-Geral. Ora, se o texto constitucional não estabelece nenhum requisito de ordem hierárquica – até porque a ideia de hierarquia funcional é completamente repudiada no âmbito do MP – para o exercício do cargo de Procurador-Geral de Justiça, proporcionalmente, não o admite em relação a quaisquer outros que lhes sejam administrativamente inferiores. Assim, se um determinado membro do Ministério Público preenche os requisitos para exercer o seu principal e mais importante cargo, não é razoável nem proporcional que não possa exercer qualquer outro na administração superior.

Essa distorção fica ainda mais evidente quando se vislumbra a possibilidade desse membro compor o Conselho Nacional do Ministério Público e, neste, exercer a função de Corregedor Nacional. É absurda a interpretação segundo a qual um Promotor de Justiça, com mais de 10 anos de carreira e 35 anos de idade, possa ser Procurador-Geral de Justiça, membro do Conselho Nacional do Ministério Público (e também do CNJ) ou mesmo ser indicado para compor o Tribunal de Justiça do seu Estado ou o Superior Tribunal de Justiça, como desembargador ou ministro, mas não possa integrar o Conselho Superior da própria Instituição nem ser o Corregedor-Geral em nível estadual. Isto é: pode ser Conselheiro ou Corregedor em nível nacional, mas não estadual!

Em verdade, essas normas infraconstitucionais apenas estabelecem uma reserva de poder para uma determinada categoria de membros do Ministério Público, um execrável privilégio. Essa "reserva de mercado" evidentemente é arbitrária, desprovida de racionalidade, e por isso violadora dos princípios da isonomia, da razoabilidade e da proporcionalidade e, ainda, da unidade e indivisibilidade institucionais.

5. Racionalização da estrutura em decorrência da democratização preconizada

Atualmente os Ministérios Públicos estaduais têm dois órgãos colegiados na administração superior, ambos integrados exclusivamente por Procuradores de Justiça e presidido pelo chefe da instituição. O que se observa, muitas vezes, é o desinteresse de vários Procuradores em concorrer às vagas do Conselho Superior, pois, na prática, a atividade de conselheiro representa mais responsabilidades, sem qualquer compensação financeira ou aumento da estrutura administrativa. Por outro lado, os Procuradores de Justiça já atingiram o ápice da carreira e já não têm mais tanto interesse em assuntos relativos a promoções e remoções de membros ou mesmo na resolução de problemas que só atingem os Promotores de Justiça.

Na realidade, revela-se dispensável essa dualidade de órgãos. Poder-se-ia ter apenas o Conselho Superior, que acumularia as atribuições atualmente afetas ao Colégio de Procuradores, com tantos integrantes quantos necessários, de acordo com a demanda, elegíveis democraticamente dentre os integrantes da carreira, para os quais poderiam ser estabelecidas vedações – aplicáveis durante o mandato e até mesmo algum tempo depois (quarentena) – assemelhadas àquelas aplicáveis aos membros que integram o CNMP: integrar lista de promoção (por merecimento ou antiguidade) e para o preenchimento de vaga em Tribunal, bem como de concorrer à eleição para composição da lista tríplice para Procurador-Geral.

É constitucionalmente admissível que a Lei Orgânica de cada Ministério Público estabeleça critérios objetivos de elegibilidade[9] para o exercício de algumas funções institucionais, como ocorre com os limites mínimos de tempo de exercício e de idade para o cargo de Procurador-Geral de Justiça, aplicáveis a todos os integrantes da carreira. Vale observar, contudo, que esses critérios devem também observar o princípio da razoabilidade, não podendo ser mais restritivos do que aqueles aplicáveis à elegibilidade do chefe da instituição ou dos membros do Conselho Nacional do Ministério Público. Enquanto não for alterada a legislação, devem-se observar, por analogia, os critérios previstos no art. 1º da Lei nº 11.372/2006: mais de 35 anos de idade e mais de 10 anos na carreira do respectivo Ministério Público.

Em relação ao Corregedor-Geral, pelas características da atividade, inclusive de persecução administrativa, não seria recomendável uma eleição entre todos os membros. Tampouco é democrático que somente alguns membros, sem qualquer representatividade, façam a escolha, como ocorre atualmente. Certamente, não seria nada democrático permitir aos Promotores de Justiça a candidatura, mas restringir ao Colégio de Procuradores a votação, de modo que nem o próprio candidato pudesse votar. A solução mais adequada seria atribuir a eleição ao próprio Conselho

[9] A exigência de critérios objetivos, como, por exemplo, idade mínima, não afronta o princípio democrático e a própria Constituição Federal os estabelece para cargos eletivos dos Poderes Executivo (presidente, governador e prefeito) e Legislativo (senado, deputado e vereador), inclusive combinados com tempo de carreira, como nas indicações para cargos do Poder Judiciário (ministros de tribunais superiores).

Superior, de modo que, uma vez empossados os conselheiros eleitos, os mesmos elegeriam o Corregedor-Geral do Ministério Público, que teria o mandato semelhante aos demais. Esse mecanismo já é utilizado no Conselho Nacional do Ministério Público (CF, art. 130-A, §3º).

Com a hipotética extinção do Colégio de Procuradores de Justiça, para acabar de vez com qualquer resquício discriminatório, seria recomendável a alteração da nomenclatura dos cargos atualmente ocupados pelos Procuradores, a fim de que passassem a ser tratados como *Promotores de Justiça*, como os demais integrantes da carreira, continuando, porém, com atribuições perante o Tribunal de Justiça. A designação poderia, por exemplo, ser de *Promotor de Justiça de 2º grau, de entrância final* ou *de entrância especial*. Aliás, o termo "procurador" sempre foi mal compreendido e ensejou confusões, sobretudo da imprensa e da população leiga, com os cargos das carreiras da advocacia pública. A medida, embora simples, reforça a identificação institucional e propicia maior interação corporativa, com o tratamento isonômico entre todos os membros do Ministério Público.

O ideal seria que as mudanças ocorressem no âmbito de uma reforma simultânea da legislação federal e das leis orgânicas estaduais, a fim enaltecer o caráter nacional do Ministério Público. Vale notar, contudo, que essas mudanças na composição dos órgãos da administração superior, consentâneas com os princípios albergados na Constituição Federal, dependem apenas de mudanças na própria Lei Orgânica de cada Ministério Público estadual, que são complementares às respectivas Constituições Estaduais, uma vez que, pela natureza ordinária da Lei nº 8.625/1993 e diante do regime federativo adotado no Brasil, inexiste a obrigatoriedade dos Estados seguirem o seu modelo organizacional (embora seja recomendável que o façam).

Nesse sentido, a lição de Hugo Nigro Mazzili[10] ao comentar as conseqüências da referida lei: *"Colocadas estas premissas, só têm eficácia os dispositivos da Lei n. 8.625/93 que: a) não invada matéria de organização ou estatuto do Ministério Público dos Estados; b) não contrariem as Constituições e leis complementares estaduais; c) disponham sobre atribuições do Ministério Público, matéria sobre a qual pode versar lei ordinária.* E complementa o mesmo doutrinador: *"Colidindo dispositivos da Lei n. 8.625/93 e dos da Lei Complementar n. 40/81 ou entre os primeiros e a legislação constitucional dos Estados, ainda que apenas complementar, a colisão resolve-se contra o dispositivo da Lei n. 8.625/93".*

6. Conclusão

Em face do exposto, são apresentadas as seguintes proposições:

1. São inconstitucionais, por ofensa aos princípios da isonomia, da razoabilidade, da proporcionalidade e da unidade do Ministério Público, as restrições contidas nos arts. 14, inciso II, e 16, *caput*, da Lei nº 8.625/1993, sendo admissível, independentemente de alteração da legislação infraconstitucional federal ou estadual, que qualquer membro do Ministério Público, com mais de 10 anos de carreira e 35 anos de idade, concorra às eleições internas para as funções de membro do Conselho Superior e de Corregedor-Geral do Ministério Público, em igualdade de condições;

2. A chefia do Ministério Público, respeitando os mandatos atuais, deve, no exercício do poder de autotutela da Administração Pública, reconhecer o vício de constitucionalidade no processo seletivo dos Conselheiros e Corregedor-Geral, a fim de que, nas próximas eleições, sejam acatadas as eventuais candidaturas de Promotores de Justiça que atendam aos requisitos contidos na Lei nº 11.372/2006 (aplicada analogicamente), ou outros que sejam incorporados às Leis Orgânicas dos respectivos Ministérios Públicos estaduais;

3. Não ocorrendo essa iniciativa do Procurador-Geral de Justiça, é legítima a provocação da tutela jurisdicional, pela associação de classe ou por quem tenha interesse de concorrer, inclusive através da impetração de mandado de segurança.

Referências bibliográficas:

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público: análise da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, aprovada pela Lei n. 8.625, 12 de fevereiro de 1993.* 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional.* 6ª ed., São Paulo: Atlas, 1999.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro.* São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

[10] Op. Cit. p. 262;

093

DA LEGALIDADE DA COLABORAÇÃO ENTRE O MINISTÉRIO PÚBLICO E ENTIDADES CIVIS NA FISCALIZAÇÃO DE OBRIGAÇÕES AJUSTADAS EM SEDE DE TERMOS DE COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA: A REDUÇÃO DE CONFLITO E CONSTRUÇÃO DA PAZ SOCIAL COMO OBJETIVO

Robertson Fonseca de Azevedo*

Promotor de Justiça/PR

JUSTIFICATIVA

O termo de compromisso de ajustamento de conduta - TAC, previsto no artigo 5º, § 6º da Lei da Ação Civil Pública, é importante instrumento para efetivação de direitos difusos e coletivos. Por outro lado, associações civis, de modo geral, e OSCIPs, em particular, podem ser fundamentais na orientação técnica, execução e fiscalização do cumprimento dos termos acordados em TACs, valendo a citação de Carlos Eduardo Vasconcelos: "*Vê-se, pois, que até do ponto de vista lógico do Estado liberal o Ministério Público funda seu poder na soberania popular. A luta e o movimento que se registram na sua história, de crescente autonomia e prerrogativas frente aos demais poderes, tornam-no como que vocacionado a refletir os anseios da sociedade civil organizada, posto que mais independência significa maior vulnerabilidade às instâncias de poder intermediárias, tais como as minorias, os movimentos ecológicos, as entidades representativas de classes e grupos.*" *(Carlos Eduardo Vasconcelos," Ministério Público: de Procurador da Coroa a Procurador do Povo, ou a história de um feitiço que virou contra o feiticeiro." O Direito Achado na Rua, Editora UnB, 1988, p. 86)*

INTRODUÇÃO

A presente tese versa sobre a legalidade da constituição de parceria entre o Ministério Público e entidades civis (especificamente Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público), para fins de fiscalização do cumprimento de obrigações fixadas em termos de compromisso de ajustamento de conduta firmados entre o Ministério Público e proprietários rurais, visando a restauração de áreas especialmente protegidas.

No Paraná, em que pese ausência de regulamentação, diversos promotores de justiça firmaram termos de ajustamento de conduta nos quais constava como interveniente associação civil encarregada de fiscalizar o cumprimento das obrigações assumidas pelos compromissários, os quais, com base no princípio do poluidor-pagador, ressarciam as despesas referentes à atuação da entidade.

É necessário regulamentar, no âmbito de cada Ministério Público, o procedimento necessário para a formalização de parcerias entre o *Parquet* e outras instituições com interesses concorrentes, em projetos nos quais a atuação ministerial deva ser acompanhada pela sociedade organizada, como forma de dar eficácia a direitos estabelecidos pela legislação ambiental.

* Promotor de Justiça. Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Proteção ao Meio Ambiente. Av. Mal. Floriano Peixoto, 1251, 80.220-010, Curitiba-PR. Fone: (41) 3250-4775; rfazevedo@mp.pr.gov.br.

Do Ministério Público enquanto entidade do "Poder Público"

Para afastar dúvidas quanto à possibilidade de atuação conjunta do Ministério Público e associações civis, particulamente organizações sociais de interesse público, passaremos a analisar dois instrumentos e um princípio jurídicos que permitirão a continuidade, regulamentação e ampliação da bem sucedida parceria entre o Ministério Público do Estado do Paraná (ou outros) e aquelas oriundas da organização popular em grupos de interesse, que possuem o potencial de efetivamente mudar, para melhor, a realidade florestal.

O Ministério Público, detentor de parcela da soberania do Estado, instituição permanente e essencial à função jurisdicional (CF, 129), inclui-se na definição de Administração Pública grafada pelo maior administrativista brasileiro, inúmeras vezes citado em obras mais recentes:

> "A Administração Pública é o conjunto de órgãos instituídos para a consecução dos objetivos do governo; é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral; é o desempenho perene ou sistemático, legal e técnico, dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade; é todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas, nos termos de Hely Lopes Meireles." (Tarso Cabral Violin, "Terceiro Setor e as Parcerias com a Administração Pública – Uma Análise Crítica". Ed. Fórum, Belo Horizonte-MG, 2006, p. 28)

Enquanto integrante da Administração Pública, está o Ministério Público adstrito aos comandos do artigo 37 da Constituição Federal, sendo regido pela respectiva Lei Orgânica.

E a Lei Complementar Estadual 85/99 (PR), ao tratar dos Centro de Apoio Operacionais, reforça a idéia de que como institutição pública, deve o *Parquet* aproximar-se dos grupos sociais comprometidos com o esforço coletivo de transformação da realidade mediante a efetivação dos direitos expressos no ordenamento jurídico nacional.

> "Art. 75. Os Centros de Apoio Operacional poderão ser instituídos e extintos por ato do Procurador-Geral de Justiça, possuindo, dentro das respectivas áreas de atuação, as seguintes atribuições:
> ...
> VII - estabelecer intercâmbio permanente com entidades ou órgãos públicos ou privados que atuem em áreas afins, para obtenção de elementos técnicos especializados necessários ao desempenho de suas funções;"

Por outro lado, a mesma Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Paraná, ao elencar os instrumentos atribuídos aos promotores de justiça com atuação original, autoriza:

> "Art. 58. Os membros do Ministério Público, no exercício de suas funções, poderão:
> ...
> V - praticar atos administrativos de caráter preparatório dos procedimentos administrativos que instaurar e das medidas que adotar;

A instauração de procedimentos administrativos visando o reflorestamento de matas ciliares dá ensejo à adoção de termos de compromisso de ajustamento de conduta, normalmente em âmbito de bacias hidrográficas, incluindo, muitas vezes, atos preparatórios tais como reuniões, audiências e correspondência com municípios, órgãos ambientais estaduais, e, em existindo alguma nas comarcas, associações civis interessadas.

Eventual parceria para atuação conjunta do Ministério Público com associações civis formalmente constituídas e com finalidade de defesa de interesses meta-individuais reconhecidos constitucionalmente se enquadra exatamente na hipótese legal de "prática de atos administrativos preparatórios," atendendo assim ao princípio constitucional da **legalidade administrativa**.

1- Do Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental

Para a implantação de vegetação em áreas de preservação permanente e de reserva florestal legal é possível o ajuizamento de ação civil pública, com base na responsabilidade civil objetiva prevista no artigo 14, § 1º da Lei 6938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente) e nos comandos dos artigos 2º e 16 da Lei 4771/65 (Código Florestal), *in verbis:*

> "**Art. 2º.** Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas :
> ..."

"**Art. 16.** As florestas e outras formas de vegetação nativa, ressalvadas as situadas em área de preservação permanente, assim como aquelas não sujeitas ao regime de utilização limitada ou objeto de legislação específica, são suscetíveis de supressão, desde que mantidas, a título de reserva legal:

...

§ 2º. A vegetação da reserva legal não pode ser suprimida, podendo apenas ser utilizada sob regime de manejo florestal sustentável, de acordo com princípios e critérios técnicos e científicos estabelecidos no regulamento..."

Sobre a relevância do instituto, consta da mesma lei federal:

"**Art. 1º** – As florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação, reconhecidas de utilidade às terras que revestem, são bens de uso comum a todos os habitantes do País, exercendo-se os direitos de propriedade, com as limitações que a legislação em geral e especialmente esta Lei estabelecem.

§ 1º- As ações ou omissões contrárias às disposições deste Código na utilização e exploração das florestas e demais formas de vegetação são consideradas uso nocivo da propriedade...

§ 2º- Para os efeitos deste Código entende-se por:

...

II- Área de preservação permanente: área protegida nos termos dos arts. 2º e 3º desta Lei, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas.

III- Reserva Legal: área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, excetuada a de preservação permanente, necessária ao uso sustentável dos recursos naturais, à conservação e reabilitação dos processos ecológicos, à conservação da biodiversidade e ao abrigo e proteção dafauna e flora nativas."

Frise-se que a atuação do Ministério Público na revegetação das áreas de preservação permanente e reserva legal atende a interesse público de natureza difusa. A ausência de eficiente atuação estatal (em qualquer nível federado) na implementação do Código Florestal implicou no desrespeito ao cumprimento de tais **limitações administrativas ao direito de propriedade**. Neste sentido, o mais consagrado doutrinador do Direito Ambiental nacional:

"As florestas de preservação permanente não podem ser manejadas de forma a sofrerem cortes rasos, pois deixariam de cumprir sua missão específica. Não diria que essas florestas deixam de ter finalidade econômica, pois que melhor investimento do que através dessas florestas assegurar-se o bem estar psíquico, moral, espiritual e físico das populações? Além disso, conservando-se os espécimes da fauna em seu *habitat,* pode-se mesurar e quantificar economicamente a existência das florestas de preservação permanente.

...

'Limitação administrativa é toda imposição geral, gratuita, unilateral e de ordem pública, condicionadora do exercício de direitos ou de atividades particulares às exigências do bem-estar social.'(Hely Lopes Meireles, *Direito Administrativo Brasileiro,* cit. p. 539)

As florestas de preservação permanente do art. 2º do Código Florestal, instituídas pelo próprio Código, tais são as suas características de generalidade, atingindo propriedades indeterminadas, devem ser incluídas como limitações administrativas." (Paulo Affonso Leme Machado, Direito Ambiental Brasileiro, Ed. Malheiros, 7ª Ed., 1998, São Paulo-SP, p. 624)

Além disso, é o tipo do artigo 38 da Lei 9605/98 (Crimes Ambientais):

"**Art. 38.** Destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente."

Veja-se ainda:

"**Art. 48.** Impedir ou dificultar a regeneração natural de florestas e demais formas de vegetação:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e multa."

A imposição legal de manutenção de áreas protegidas a nível de propriedade rural, exigível através de ações coletivas, bem como a incriminação de condutas deletérias à existência e manutenção de florestas fornece ao Ministério Público mecanismos eficazes de proteção do patrimônio florestal.

Em que pese a existência de tais instrumentos jurídicos, o mecanismo mais efetivo para restauração das florestas de preservação permanente e da reserva legal é a atuação administrativa, que possibilita um enfoque não individualizado (propriedade por propriedade), não persecutório (a restauração do bem ambiental não é sanção), não conflituoso (é forma de adimplento de norma descumprida sem estabelecimento de lide). Ao contrário, caracteriza-se por ser esforço coletivo, resolutivo e participativo para satisfação de interesse público primário.

Não só otmiza-se a recuperação ambiental quando há o envolvimento de todos os proprietários rurais lindeiros a deteminado curso d'água, como a cada compromisso firmado e cumprido evita-se o ajuizamento de ações judiciais (de natureza cível ou criminal), que se caracterizam pelo conflito de interesses e pouca resolutividade. Cabe ressaltar que na experiência paranaense, a implementação de matas ciliares (e áreas de reserva legal nas propriedades em que se encontram as áreas de preservação permanente exigíveis) se dá a nível de bacia hidrográfica, priorizada por tratar-se de manancial de abastecimento público, por exemplo, ou outro critério relevante. Tal fato gera, inclusive, uma sensação de pertencimento dos diversos proprietários lindeiros ao relação ao curso d'água trabalhado.

A possibilidade de colaboração entre o Poder Público e as pessoas em situação caracterizadora de poluidores (Lei 6938/81. art. 3º, IV), sem a necessidade de recorrência ao Poder Judiciário para aplicação de sanções penais ou cominação de obrigações de fazer, mediante os termos de compromisso de ajustamento de conduta, faz com que as chances de sucesso na implementação das matas ciliares aumentem, na medida em que a relação conflituosa não predomina, ao contrário, há a possibilidade de composição dos danos mediante discussão democrática e mais horizontal.

A matéria é tratada pela doutrina.

> "A primeira relação entre o ajuste de conduta e o princípio democrático é a de conseqüência e causa. Embora não haja uma previsão expressa na Constituição Federal, como no caso da tutela judicial, a tutela extrajudicial dos direitos transindividuais também pode ser enfocada como uma concretização mais efetiva das decorrências normativas desse princípio. Quando o legislador do Código de Defesa do Consumidor, editado em atendimento a um princípio constitucional específico, concebeu o ajustamento de conduta, o fez para complementar o quadro de proteção dos direitos transindividuais. Por isso que podemos dizer sem medo de errar, que o ajustamento de conduta é um meio de se honrar os fundamentos do Estado Democrático de Direito, haurindo sua legitimidade da própria ordem constitucional." (Geisa de Assis Rodrigues, "A Participação da Sociedade Civil na Celebração do Termo de Ajustamento de Conduta", Meio Ambiente, Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília-DF, 2004, p. 342)

De outro vórtice:

> "A eliminação consensual de controvérsias contribui para o fortalecimento democrático do almejado Estado de Justiça Material, com a pacificação dos conflitos, além de prestigiar o princípio da segurança jurídica, em igual proporção. Nessa ordem de considerações é que foi criado o instrumento hoje conhecido pela abreviatura *TAC* (termo de ajustamento de conduta), originariamente positivado no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90, artigo 113), que acrescentou o §6º ao artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública (lei 7.347/85). (Marcos Pereira Anjo Coutinho, "Termo de Ajustamento de Conduta e o Controle Preventivo da Administração Pública Democrática pelo Ministério Público", Revista MPMG Jurídico, Belo Horizonte-MG setembro de 2005, p. 18)

De fato, os compromissos ajustados pelo Ministério Público têm o condão de transformar a realidade florestal do estado de forma mais eficiente e célere do que através do ajuizamento de medidas judiciais.

É que:

> "A participação na formação da decisão daqueles que por ela se obrigarão é uma nota relevante para o sucesso dessa justiça consensual. O transgressor ou iminente transgressor tem necessariamente seu ponto de vista considerado na elaboração das cláusulas do ajuste, o que pode ser fundamental para que não venha a descumpri-lo. Ao reconhecer que deve assumir tais obrigações, de forma espontânea e sem uma ordem de autoridade, o sistema o admite na formulação do compromisso, ainda que a margem de conformação da justa forma de

conciliação seja pequena, devido às características já anotadas da tutela desses direitos." (Geisa de Assis Rodrigues, "Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta", Ed. Forense, Rio de Janeiro-RJ, 2002, p.131)

A possibilidade de ajuste da conduta do infrator ao comando normativo (no caso, recuperação de matas ciliares e implantação de áreas de reserva legal em cada propriedade) acarreta a possibilidade de serem previstos mecanismos de controle das obrigações ajustadas mediante a participação, no ajuste, dos chamados interveninentes.

A procuradora da república acima citada, na mesma obra, observa:

> "O termo dispensa a presença de testemunhas instrumentárias, bastando a assinatura do compromitente (o representante do órgão público) e a do compromissário (o obrigado), mas, evidentemente, nada obsta a que pessoas que estejam presentes na celebração do ajuste figurem como testemunhas. Ou até se recomenda como previsto no Manual do Promotor paulista que *'sempre que possível, fazer-se acompanhar, quando da lavratura do termo de compromisso, do técnico ou funcionário público que tenha ofertado subsídios ao Ministério Público ou que conheça a situação fática e suas variáveis.'* Conforme já sustentamos, também seria bastante conveniente que fosse franqueado a quem formulou a representação ao órgão público, quer seja co-legitimado ou não, que participe do momento de celebração do ajuste, bem como os representantes dos grupos que terão seus direitos coletivos envolvidos. Afora os co-legitimados, os demais podem participar como testemunhas ou intervenientes." (Geisa de Assis Rodrigues, ob. cit. p. 191)

Intervenientes, evidentemente, são aquelas pessoas ou entidades que, no âmbito da negociação administrativa, participam da atividade ajustada, visando o adimplemento do compromisso. Esta a natureza da intervenção de Universidades, Fundações e outras associações civis na fórmula pragmaticamente desenvolvida pelos promotores de justiça no interior do estado do Paraná.

Mais uma vez nos valemos do ensinamento de Geisa Rodrigues:

> "A que requisitos deve atender o ajustamento de conduta? Quer consideremos que apenas a certeza é importante para o ajuste, quer reputemos que tanto a certeza quanto a liquidez devam estar presentes, o que não pode faltar no ajuste é a definição de quem é o responsável pelo seu cumprimento, a delimitação do seu objeto, e, sendo cláusula de indenizar, o valor quantificado; sendo cláusula de entregar coisa, a individuação precisa desta; sendo obrigação de fazer e de não fazer, a definição mais precisa possível dessa obrigação, o modo de cumpri-la, que resultado prático se visa obter." (Geisa de Assis Rodrigues, ob. cit. p. 209)

Tratando-se de associação civil, combinando esforços de cidadãos ativos, cientes e ciosos de seus direitos, atendido está o princípio da participação popular na atividade administrativa.

A idéia, de qualquer maneira, passa pela celebração do termo de ajustamento de conduta e pelo estabelecimento de mecanismos que lhe concedam eficácia, devendo, à guisa de orientação aos promotores em primeiro grau, ser sugerido que o termo especifique desde logo as formas de intervenção do interveniente e a forma de ressarcimento das despesas havidas no desempenho se suas atividades.

Analisando termos de ajustamento de conduta firmados pelo Ministério Público Federal, Geisa de Assis Rodrigues chegou às seguintes conclusões, que não fogem à experiência paranaense:

> "Constatamos na pesquisa que o cumprimento do ajustamento de conduta se dá através de um processo mais informal e dinâmico, contando com uma participação mais efetiva do compromissário. O Ministério Público pode valer-se, inclusive, de mecanismos extrajudiciais para obter o cumprimento do ajuste como a recomendação legal, ou a repactuação de algumas cláusulas desde que protetivas ao direito transindividual. Quando existem prazos fixados para o atendimento das obrigações o controle do cumprimento do ajuste se protrai no tempo, e enseja uma relação continuada entre compromitente e compromissário. Por outro lado, a certificação de que todas as medidas previstas no ajuste foram adotadas pode pressupor conhecimento técnico não jurídico, motivo pelo qual em 28 (vinte e oito) termos foi previsto expressamente que o Ministério Público, na fiscalização do cumprimento do respectivo, teria auxílio de alguns órgãos de fiscalização administrativa e universidades." (Geisa de Assis Rodrigues, ob. cit. p. 287)

No caso específico do Noroeste do estado do Paraná, ante ausência de universidades ou órgãos fiscalizadores capazes de acompanhar o cumprimento dos termos de compromisso, adotou-se modalidade alternativa, com o acervo institucional disponível.

2- Dos Termos de Parceria entre o Poder Público e Associações Civis – o caso específico das Organizações Sociais de Interesse Público

A necessidade de atuação conjunta entre o Ministério Público e setores organizados da sociedade decorre exatamente da incapacidade da Administração Pública em dar cumprimento a todos os encargos que lhe foram atribuídos pela Constituição Federal, no perfil do Estado Social de Direito.

Nos termos da Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Paraná, o intercâmbio permanente entre a instituição, via Centros de Apoio, poderá ser estabelecido com "entidades ou órgãos públicos ou privados que atuem em áreas afins", abrangendo universidades, fundações, associações comunitárias e outras organizações não governamentais, conjunto muitas vezes conhecido como o "Terceiro Setor ".

O Ministério Público do Espírito Santo editou, ainda em 2004, publicação que trata especificamente da questão, valendo citar:

> "Falar de terceiro setor é também falar da forma como o poder público e a sociedade interagem. Nesta interação, há formas mútuas de repasse de bens, tecnologias, etc. Já faz algum tempo o poder público notou que em muitos campos, embora seja de sua obrigação constitucional, sua atuação não é satisfatória ou, ao menos, é menos eficaz que a de outros personagens. As organizações do Terceiro Setor têm atuado com desenvoltura e extrema competência nos campos da educação, saúde, defesa da infância, ambientalismo, etc. Assim, tornou-se praxe o repasse de verbas públicas para aplicação em programas de natureza pública a serem desenvolvidos por entidades de direito privado.
> Neste sentido a Lei 9.790/99 criou uma forma de repasse, o Termo de Parceria, que pretende ser um veículo legítimo e adequado ao repasse de verbas públicas para entidades de direito privado.
> As principais características do Termo de Parceria são a preocupação com a eficácia, ou resultado, em contrapartida à eficiência, ou método, sendo essa última a regra dos convênios. Outra característica importante é a possibilidade de se recuperar a norma da transparência administrativa, por via do concurso de projetos através da celebração do Termo de Parceria." (Paulo Haus Martins, "A Lei das OSCIPs", *in* Terceiro Setor: Fundações e Entidades de Interesse Social, Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional, Ministério Público do Espírito Santo, 2004, p. 142)

Evitando equívocos, há que se ter clara a definição de Terceiro Setor (não necessariamente identificado como "o Mercado", em visão liberal da sociedade). Dentre tantas, a grifada por Fernando Borges de Mânica, Procurador do Estado do Paraná:

> "... conjunto das pessoas jurídicas de direito privado, constituída de acordo com a legislação civil sob a forma de associações ou fundações, as quais desenvolvam (*i*) atividades de defesa e promoção de quaisquer direitos previstos pela Constituição ou (*ii*) prestem serviços de interesse público." (Fernando Borges de Mânica, "Panorama histórico-legislativo do Terceiro Setor no Brasil: do conceito de Terceiro Setor à Lei das OSCIP", *in* Terceiro Setor – Empresas e Estado, novas fronteiras entre o Público e o Privado, Ed, Fórum, Belo Horizonte – MG, 2007, p. 173)

Além de outros mecanismos regulametares de convênios entre o setor público e o privado, a Lei 9.790/99 "dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria", sendo o teor de seu artigo 9º:

> "**Art. 9º** Fica instituído o Termo de Parceria, assim considerado o instrumento passível de ser firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público previstas no art. 3º desta Lei."

Em outras palavras:

> "O termo de parceria é o instrumento firmado entre a Administração Pública e as OSCIPs, que forma o vínculo de cooperação entre ambas, para o fomento e a execução de atividades de interesse público constantes dos estatutos das entidades qualificadas, definidas na Lei 9.970/

99, como, por exemplo, a promoção da assistência social, da cultura, da educação e da saúde gratuitas, etc." (Tarso Cabral Violin, ob. cit., p. 263)

Como visto acima, o Ministério Público, enquanto entidade estatal imbuída de diversas funções típicas do Estado, exercendo poderes soberanos, está incluido nos conceitos de *Poder Público* utilizado pela lei, ou de *Administração Pública*, encontrável na doutrina.

> "**Art. 10.** O Termo de Parceria firmado de comum acordo entre o Poder Público e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público discriminará direitos, responsabilidades e obrigações das partes signatárias."

Assim, temos tal instrumento como fundamental à efetividade da atuação do Ministério Público, sendo possível, pelo disciplinamento de seu uso, garantir parcerias efetivas com setores especialmente organizados da sociedade. Na forma da lei, objeto, metas e resultados, prazos, critérios de avaliação de resultados, previsão de receitas e outros itens deverão fazer parte de tais Termos, possibilitando estrito controle ministerial sobre as entidades cooperadas.

3- Da remuneração das atividades prestadas pelos Intervenientes na fiscalização das obrigações assumidas em TACs – Princípio do Poluidor Pagador

O assunto foi tratado pelo promotor de justiça Alexandre Gaio, então titular da promotoria de justiça de Altônia – PR, em ofício de nº 36/08, de 24/01/08, expedido no âmbito de discussão institucional a respeito do tema:

> "**b) o argumento de que seria ilegal a cobrança de valores pela ... (Associação ...) em relação às despesas técnicas decorrentes de vistorias ambientais** também não deve prosperar, a uma, porque a aludida organização privada tem custos com pessoal e material para a prestação dos aludidos serviços técnicos; e a duas, porque a aplicação do princípio constitucional do poluidor-pagador (artigo 225, § 3º da Constituição Federal) impõe o integral ressarcimento de todos os custos para a recuperação do meio ambiente pelo degradador.
> Nesse ínterim, Luís Paulo Sirvinkas leciona, na obra Manual de Direito Ambiental (2ª ed. Ed. Saraiva, 2003, p.36), que '*o poluidor deverá arcar com o prejuízo causado ao meio ambiente, de forma mais ampla possível.*' Com os apontados argumentos e considerando que a isenção da cobrança em relação às referidas despesas técnicas importaria na *concessão de um subsídio indireto aos degradadores, em detrimento dos contribuintes e do próprio meio ambiente,* a Procuradoria Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo recomendou aos Promotores de Justiça do Meio Ambiente que '*(...) busquem o ressarcimento das despesas desembolsadas pelos órgãos e instituições privados ou públicos, na prestação de serviços técnicos científicos ao Ministério Público.*"
> Fernando Reverendo Vidal Akaoui corrobora esse entendimento: *"(...) para que haja o integral cumprimento da norma constitucional, o degradador deve suportar todas as despesas para conhecimento do dano por ele causado direta ou indiretamente. Notadamente no âmbito da investigação levada a efeito pelo Ministério Público, que inclusive possui o poder de requisição de informações a órgãos públicos e privados, é necessário exigir o ressarcimento de seus auxiliares (...)"* (grifos nossos) (Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental, Ed. RT, São Paulo, 2003, p. 139)"
> O colega traz a íntegra do:
> "**AVISO nº 253/96 – PGJ (D.O.E. De 11.06.1996)** – Recomenda aos Promotores de Justiça do Meio Ambiente a adoção de medidas tendentes ao ressarcimento de despesas com perícias, estudos e serviços técnicos de caráter ambiental. O Procurador-Geral de Justiça, no uso de suas atribuições legais, nos termos do artigo 19, inciso I, alínea 'd' da Lei Orgânica do Ministério Público, CONSIDERANDO o princípio do poluidor-pagador e a necessidade de ressarcimento integral dos custos sociais da degradação do meio ambiente, em especial das despesas com a investigação das infrações ambientais; CONSIDERANDO que, em sua grande maioria, as perícias e estudos utilizados pelo Ministério Público, no âmbito dos procedimentos investigatórios e da Ação Civil| Pública são elaborados por órgãos e instituições públicos ou subvencionados pelo Poder Público, na forma do artigo 97, parágrafo único, nº 1 e do art. 115, inciso XXIX, ambos da Constituição do Estado de São Paulo; CONSIDERANDO que essas perícias e estudos custam ao Poder Público, direta ou indiretamente, somas e recursos humanos substanciais; CONSIDERANDO que a isenção da cobrança desses custos significa a

> concessão de um subsídio indireto aos degradadores, em detrimento dos contribuintes e do próprio meio ambiente; RECOMENDA aos Promotores de Justiça do Meio Ambiente que, no âmbito de acordo extrajudicial ou judicial, em complemento à eventual obrigação de dar, fazer ou não-fazer, busquem o ressarcimento das despesas desembolsadas pelos órgãos e instituições privados ou públicos, na prestação de serviços técnicos científicos ao Ministério Público. São Paulo, 07 de junho de 1996. **Luiz Antônio Guimarães Marrey – Procurador-Geral de Justiça**"

Em idêntico sentido, conclusão de grupo de trabalho da ABRAMPA (Associação Brasileira do Ministério Público Ambiental), acerca do assunto:

> "13. A prova e o custeio das perícias necessárias ao dimensionamento do dano ambiental e indicação das medidas compensatórias devem ser repassados ao compromissário.
> Justificativa: Os custos gerados pelo compromisso de ajustamento de conduta aos órgãos técnicos, tanto os serviços de assessoria do Ministério Público quanto os dos órgão ambientais, devem ser dimensionados e sempre que haja capacidade econômica dos obrigados a ele imputados."

Conclui-se portanto ser possível a remuneração da entidade, aplicando-se o princípio do poluidor pagador, mediante previsão para tanto no termo de ajustamento de conduta com o infrator, sendo o Termo de Parceria firmado entre o Ministério Público e entidade civil (incluindo OSCIPs), no bojo de inquérito civil ou procedimento administrativo equivalente.

Além disso, há outras possibilidades de remuneração das atividades fiscalizatórias por associações civis. Uma: a deliberação neste sentido, pelo Conselho Municipal do Meio Ambiente (após apresentação de proposta de trabalho pelo Ministério Público), via Fundo Municipal de Meio Ambiente, poderá custear as despesas necessárias à remuneração das atividades das entidades, caso em que o Termo de Parceria (ou outro documento equivalente, em não se tratando de OSCIP) seria firmado entre o Município (ou Fundo Municipal, se constituído como pessoa jurídica) e os intervenientes, junto ao Ministério Público, nos termos de ajustamento com os poluidores.

Outras formas de financiamento das atividades de entidades civis podem vir de empreendimentos poluidores, em sede de ajustamentos judiciais ou administrativos, ou por dotação orçamentária específica, além da utilização do Fundo Estadual do Meio Ambiente ou do Fundo Estadual de Bens Lesados, dependendo da deliberação dos respectivos órgãos gestores.

Na área específica da restauração de áreas de preservação permanente e reserva legal, espera-se que mediante a divulgação pública do interesse do Ministério Público no desenvolvimento de atividades (administrativas) visando a restauração das áreas protegidas dos imóveis localizados em determinada bacia hidrográfica, incluindo as formas de atuação (verificação da situação de fato, realização de palestras educativas, oportunização de acordos de ajustamento de conduta, fornecimento de orientações técnicas para o cumprimento dos termos do ajustado e verificação da adoção das medidas pactuadas), bem como as parcerias firmadas para o desenvolvimento de tais atividades (municípios, Conselhos Municipais de Meio Ambiente, Conselho Estadual de Meio Ambiente, outras entidades públicas ou privadas legitimadas), possibilitar-se-á importante progresso na restauração de cobertura florestal mínima a nível de estado, ficando apenas os casos não passíveis de resolução extrajudicial sujeitos à atuação jurisdicional, a nível civil e criminal.

CONCLUSÕES

1. Há legalidade na celebração de termos de parceria entre o Ministério Público e entidades civis, para fins de orientação técnica e de fiscalização do cumprimento de obrigações fixadas em termos de compromisso de ajustamento de conduta firmados entre o Ministério Público e proprietários rurais, visando a restauração de áreas especialmente protegidas e de reserva legal.

2. Disponíveis os mecanismos para eficiente articulação do Ministério Público e sociedade civil no cumprimento de normas de interesse público primário, imprescindível é a normatização dos procedimentos necessários à vinculação desejada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

Machado, Paulo Affonso Leme - Direito Ambiental Brasileiro, Ed. Malheiros, 7ª Ed., 1998, São Paulo-SP;

Mânica, Fernando Borges de - Panorama histórico-legislativo do Terceiro Setor no Brasil: do conceito de Terceiro Setor à Lei das OSCIP, *in* Terceiro Setor – Empresas e Estado, novas fronteiras entre o Público e o Privado, Ed, Fórum, Belo Horizonte – MG, 2007;

Martins, Paulo Haus - A Lei das OSCIPs, *in* Terceiro Setor: Fundações e Entidades de Interesse Social, Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional, Ministério Público do Espírito Santo;

Rodrigues, Geisa de Assis - A Participação da Sociedade Civil na Celebração do Termo de Ajustamento de Conduta", Meio Ambiente, Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília-DF;

Sirvinkas, Luís Paulo - Manual de Direito Ambiental, 2ª ed. Ed. Saraiva, São Paulo-SP 2003,

Vasconcelos, Carlos Eduardo - Ministério Público: de Procurador da Coroa a Procurador do Povo, ou a história de um feitiço que virou contra o feiticeiro, *in* O Direito Achado na Rua, Editora UnB, 1988;

Violin, Tarso Cabral - Terceiro Setor e as Parcerias com a Administração Pública – Uma Análise Crítica. Ed. Fórum, Belo Horizonte-MG, 2006.

097

A DEMOCRACIA COMEÇA EM CASA? UMA PROPOSTA PARA O APERFEIÇOAMENTO DEMOCRÁTICO NO MINISTÉRIO PÚBLICO

Nadilson Portilho Gomes, Carmen Burle da Mota e Crystina Michiko Taketa Morikawa

Promotores de Justiça/PA

"O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis" (art. 127, *caput*, da CF/88).

SÍNTESE DOGMÁTICA

1. O Chefe do Poder Executivo deve nomear, obrigatoriamente, o candidato mais votado, escolhido pelos membros do Ministério Público, para o cargo de Procurador-Geral de Justiça.

2. O cargo de Procurador-Geral de Justiça pode ser ocupado por todos os integrantes da carreira, maiores de 35 anos de idade.

2. Não pode haver impedimentos temporais para que os membros do Ministério Público sejam removidos ou promovidos para os cargos vagos disponibilizados só porque venceram certames anteriores.

FUNDAMENTAÇÃO

1. Introdução

De acordo com ostensivo mandamento constitucional (art. 127, *caput*), o Ministério Público possui a incumbência de defesa do regime democrático. Nesse sentido, faz-se necessário perquirir até que ponto suas estruturas organizacionais e de representatividade estão à altura da nova ordem constitucional.

A missão do Ministério Público de defesa do regime democrático neste país não se coaduna com intromissões ou sequer suspeita ou possibilidade de influências de outros poderes ou pessoas em suas atuações, inclusive de seus próprios integrantes.

Não parece mais fazer sentido a escolha do Procurador-Geral de Justiça do Ministério pelo Chefe do Poder Executivo, nem que Promotores de Justiça não possam ser candidatos elegíveis para ocupar aquele cargo, muito menos que existam impedimentos temporais para que os membros do Ministério sejam removidos ou promovidos para os cargos vagos. Ademais, enquanto houver descrença quanto à relação mantida entre a chefia da Instituição com o Poder Executivo, Promotores de Justiça não poderem ser Procuradores-Gerais de Justiça e existirem possibilidades de manobras para apaniguamentos, fica inviabilizada a interação corporativa e a responsabilidade funcional não passará de discurso persuasivo para perseguição, de favorecimentos e de imposição de padrões que ferem a independência funcional, enfraquecendo o fortalecimento do Ministério Público.

Os princípios constitucionais do regime democrático e da livre acessibilidade aos cargos públicos (art. 37, I) merecem se tornar efetivos no Ministério Público para que o mesmo sirva de exemplo para todos na nova Ordem estabelecida com a Constituição Federal em vigor.

2. Objeto

Pretende-se discutir a importância da nomeação obrigatória pelo Chefe do Poder Executivo do candidato ao cargo de Procurador-Geral de Justiça mais votado, escolhido livremente pelos membros do Ministério Público, e de todos os membros poderem ocupar esse cargo. Ainda, dos integrantes do Ministério Público não serem impedidos a concorrer a certames por terem que aguardar o transcurso de períodos de tempos para serem removidos ou promovidos, em razão de terem vencidos certames anteriores.

3. Uma proposta para o aperfeiçoamento democrático no Ministério Público

O Ministério Público na ordem constitucional brasileira é instituição de defesa do regime democrático (art. 127, *caput*), "posta-se na defesa da ordem jurídica, dos princípios e preceitos supremos do Estado, sem subserviência a 'chefes externos', nem a 'ditadores informais' (...). Não é possível se imaginar democracia sem liberdade, do mesmo modo que não podemos pensar em Ministério Público dependente, omisso, pequeno, subserviente a interesses do governo ou dos governantes. Trata-se de instituição magna da República, indispensável ao cumprimento das leis, à preservação da paz e da liberdade entre os homens", como leciona BULOS. Nesse sentido, espera-se que o mesmo não garanta apenas a existência de todos os mecanismos e instrumentos democráticos de poder, mas o funcionamento de todos eles, começando pelas suas estruturas internas organizacionais e eletivas.

As bases lançadas pela Constituição Federal desafiam grandes esforços para a efetividade do regime democrático no Brasil. "Ampliaram-se-lhe as atribuições; dilatou-se-lhe a competência; atendeu-se, finalmente, a antiga reivindicação da própria sociedade civil. Como o Ministério Público não constitui órgão ancilar do Governo, instituiu o legislador constituinte um sistema de garantias destinado a proteger o membro da instituição e a própria instituição, cuja atuação configura a confiança de respeito aos direitos individuais e coletivos, e a certeza de submissão dos Poderes à lei" (STF, Min. Celso de Mello, RTJ 147:161). Porém, a Constituição Federal de 1988, no seu § 3º, do art. 128, ao dispor que *"os Ministérios Públicos dos Estados e o do Distrito Federal e Territórios formarão lista tríplice dentre integrantes da carreira, na forma da lei respectiva, para escolha de seu Procurador-Geral, que será nomeado pelo Chefe do Poder Executivo, para mandato de dois anos, permitida uma recondução"*, deixara na nova ordem jurídica um ranço do autoritarismo, centralismo e intromissão que sempre marcaram as instituições e órgãos no Brasil, desde os tempos de colônia. Bastando dizer que, esse dispositivo não mantém coerência com o próprio espírito democrático acolhido pelo Texto Maior. A mesma Constituição Federal que honrou o Ministério Público com nobilíssimas funções, dentre elas a de defesa e proteção do regime democrático, impusera o peleguismo da chefia da Instituição, já que a "escolha" da mesma ocorre ao alvedrio do Chefe do Executivo, dentre os apresentados numa lista tríplice. Embora, não seja comum o Chefe do Executivo escolher o último da lista, o menos votado, isso é totalmente possível e legal, sob o auspício positivo da norma. Numa análise mais acurada, vê-se que não há sentido nisso. Ora, o mais votado, escolhido livremente por seus pares, deve ser, obrigatoriamente, o nomeado, principalmente, pelo prestígio da vontade dos eleitores, porque simplesmente não há coerência na escolha do menos votado, sob pena de enfraquecimento do sufrágio universal e da própria legitimidade de seu mandato. Também, porque todo ato administrativo deve ser motivado, pelo menos os que não são meros atos de expedientes e burocráticos. Deve haver uma razão ou um fundamento lógico para que alguém seja preterido da chefia da Instituição, apesar de ser cumpridor dos seus deveres, obrigações, ser o mais votado e preencher as exigências postas, pelo menos em uma democracia. Não se pode admitir que a motivação deva ser recusada nesse caso. Como defende DI PIETRO: "a motivação é, em regra, necessária, seja para os atos vinculados, seja para os discricionários, pois constitui garantia de legalidade, que tanto diz respeito ao interessado como à própria Administração Pública; a motivação é que permite a verificação, a qualquer momento, da legalidade do ato, até mesmo pelos demais Poderes do Estado". Em outras palavras, o Chefe do Executivo que nomeia o candidato mais votado ao cargo de Procurador-Geral de Justiça estará motivando esse seu ato, pois se infere dele que apenas referendou a vontade de seus pares, prestigiando o princípio democrático, o que não ocorre quando escolhe o segundo e terceiro colocados.

DI PIETRO, na sua obra "Discricionariedade Administrativa" vai além isso e defende que falta moralidade administrativa na escolha de Procurador-Geral de Justiça pelo Chefe do Executivo: *"a discricionariedade administrativa, da mesma forma que é limitada pelo Direito, também o é pela Moral; entre as várias soluções legais admissíveis, a Administração Pública tem que optar por aquela que assegure o "mínimo ético" da instituição. Tome-se o seguinte exemplo concreto: a Constituição prevê a possibilidade de nomeação, sem concurso, para cargos em comissão declarados, em lei, de livre provimento e exoneração; supondo-se que, para determinados cargos, não haja qualquer exigência ou restrição específica, o Poder Executivo terá um amplo leque de opções, todas elas válidas perante o Direito. Mas, se sua escolha recair sobre um membro do Ministério Público, por exemplo, estarão solapadas as próprias bases dessa instituição, que não pode, com a necessária independência e isenção, exercer uma função essencialmente política, da confiança do Chefe do Executivo, cujos atos podem vir a ser objeto de denúncia perante a mesma instituição. O exercício de função política pelos membros do Ministério Público fere a Moral administrativa, porque coloca em dúvida a credibilidade de uma*

instituição que existe para proteger a sociedade contra qualquer tipo de atos ilícitos contra ele praticados. Quem atuará em nome da sociedade contra os atos ilegais praticados pelo Poder Executivo, quando aquele que a devia proteger exerce função da confiança deste último?". Ainda, completa: *"Em casos como esse, cabe ao Poder Judiciário a possibilidade de invalidar o ato administrativo de nomeação. Seu papel é de fundamental importância no controle da moralidade administrativa, a que a Administração está sujeita por força do artigo 37 da Constituição"*.

O que fazer diante dessa situação? A Constituição Federal previu o princípio democrático, a independência funcional dos membros do Ministério Público, não aceitando intromissões no mesmo, de um lado e de outro permitiu que a escolha do cargo de Procurador-Geral de Justiça fosse feita pelo Chefe do Poder Executivo dentre os constantes numa lista tríplice. Inegavelmente, uma antinomia, normas conflitantes entre si. O princípio democrático, nesse aspecto, fora restringido, sem contar, o risco à independência do Ministério Público. O regime democrático, do qual o princípio democrático é seu conseqüente natural, é maior do que os poderes do Executivo, não podendo aquele que contra quem se exerce controle e fiscalização de seus atos, "escolha" quem vai lhe fiscalizar e controlar, mesmo que dentre os três já escolhidos pela Instituição. Nesse sentido, deve quem for o mais votado, o Procurador-Geral de Justiça. "É precisamente por existir pluralidade de concepções que se torna imprescindível a unidade na interpretação. Afinal, a Constituição não é um conjunto de normas justapostas, mas um sistema normativo fundado em determinadas idéias que configuram um núcleo irredutível, condicionante da inteligência de qualquer de suas partes. O princípio da unidade é uma especificação da interpretação sistemática, e impõe ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e contradições entre normas" (BARROSO).

Não faz parte do sistema de freios e contrapesos o controle do Ministério Público pelo Executivo. Quem admite isso entende o Ministério Público como órgão, não como Instituição *sui generis* no Brasil. Seus princípios institucionais e prerrogativas não se coadunam com a "escolha" de sua chefia pelo Poder Executivo. Da mesma forma, não há que se falar em mitigação da escolha do Chefe do Executivo porque os membros do Ministério Público escolhem os nomes que compõem a lista tríplice, já que o princípio democrático não pode se realizar em parcelas. Para isso, basta dizer que não escolhemos o Governador por voto direto e os três mais votados ao cargo são escolhidos pelo Presidente da República! Justamente por possuir uma dimensão ampla de participação e de valorização do sufrágio universal, o princípio democrático não pode ser reduzido e fragilizado. Muito menos, aviltada a escolha pelos membros do Ministério Público do Procurador-Geral de Justiça mais votado como "democracia corporativa", posto que reside, justamente, nessa escolha um das maiores bases da Instituição e de independência. Nenhuma independência ocorre apenas em virtude de lei, mas decorrente, também, naturalmente, das relações mantidas com o Poder Executivo e da visão da sociedade sobre esse fato.

Até mesmo para os que defendem ser um poder discricionário o ato de escolha do Procurador-Geral de Justiça, vale dizer que, conforme PONDÉ: "Poder Discricionário não é arbítrio pessoal da autoridade. Jamais é possível, legalmente, arbítrio pessoal: haverá sempre uma vinculação legal do ato administrativo à competência do seu autor, assim como à qualificação do seu motivo, do seu objetivo e do fim de interesse público a que ele deva prover. Não é só a liberdade de agir, própria de todo titular, sujeito de um direito, ou poder: no Direito Administrativo, não existe a 'autonomia da vontade', peculiar do direito privado. Neste, as pessoas atuam em razão dos seus próprios interesses, desde que não sejam ilícitos. Enquanto isto, o poder da autoridade é um dever de decidir, nunca em seu proveito pessoal, mas sempre em razão de um motivo definido em lei e para o fim de interesse público, a que, ainda de acordo com essa lei, o efeito prático de sua ação deva corresponder".

Também, a imposição existente na maioria dos Estados do Brasil de que apenas os Procuradores de Justiça podem concorrer e preencher o cargo de chefia do Ministério Público constitui-se numa aberração em um sistema democrático, não sendo natural que apenas um grupo tenha acesso e se perpetue no poder. Numa democracia a elegibilidade deve ser a regra e as restrições as exceções. Justamente o que mantém acesa a essência do espírito democrático é a renovação constante dos agentes que ocupam o poder, o que deve ser possível a todos, não podendo haver restrição de direitos ou fator de *discrimine* sem fundamento ou por razões simplesmente conservadoras, preconceituosas, desarrazoadas e como mecanismo de perpetuação de grupos no poder. Veja-se que a Constituição Federal não proibiu os Promotores de Justiça de ocuparem o cargo de Procurador-Geral de Justiça, o que fora feito pelas Leis Estaduais.

Os princípios da carreira e da ascensão, usados para obstar Promotores de Justiça de serem Procuradores-Gerais de Justiça, não devem proceder, porque a chefia da Instituição é cargo de representatividade, temporário. Em outras palavras, o Promotor de Justiça que ascende ao cargo de Procurador-Geral de Justiça não será promovido de imediato, mas dentro dos critérios e vagas disponíveis, em concurso, com os demais.

Ainda, há o caso das leis estaduais que contém dispositivos que vedam, por lapsos de tempo que um membro removido ou promovido participe de certames posteriores ao que fora vencedor. A razão disso se sujeita a manobras indevidas na medida em que a acessibilidade a um cargo, disponível após a remoção ou promoção de algum membro, não pode ser restringida, apenas pelo critério legal limitador. Para a imposição desse critério temporal utiliza-se muito o argumento de que o interesse público comporta que os trabalhos não sejam obstados, evitando-se saídas rápidas e repentinas que poderiam prejudicar os andamentos dos serviços, deixando locais vazios, sem membros para atuarem ali. Na verdade, uma falácia, já que a designação para continuidade dos trabalhos é totalmente

legal e não pode ser recusada, não havendo ninguém para executar o serviço. A contrario *sensu*, admitir-se-à que só porque o membro é inamovível não poderia atuar fora do cargo de onde fosse titular diante da necessidade do serviço público. Inegavelmente, a continuidade do serviço público é princípio que se impõe a todos agentes políticos e servidores públicos de forma que nem a inamovibilidade pode ser usada para justificar a recusar em trabalhar e servir a Instituição. Há também o fato de que remoções e promoções seguidas sacrificariam o erário, já que algumas leis estaduais autorizam despesas em razão desses deslocamentos aos membros ministeriais, o que pode ser contornado por leis ou revogação dos dispositivos existentes que financiam, praticamente sem critérios esses pagamentos. O que não pode ocorrer é a negativa de direitos sob o argumento de oneração dos cofres públicos, nem por vantagem concedida pela lei sem coerências fáticas com a necessidade real de geração de despesas.

Há injustiça quando um membro é removido ou promovido e por causa disso, num espaço de tempo, não pode mais disputar certames, abrindo-se, posteriormente, concursos que lhe interessariam. Essa proibição fragiliza o controle administrativo, tornando possível o favorecimento na carreira de membros nesse processo.

A Proposta de Emenda à Constituição nº. 31/2009, do Senador Expedito Júnior, representa um grande ajuste no Texto Maior. O § 3º, do art. 128 ficaria com a seguinte redação: *"Os Ministérios Públicos dos Estados e o do Distrito Federal e Territórios escolherão seu Procurador-Geral dentre os integrantes da carreira, mediante eleições e na forma da lei respectiva, o qual será nomeado pelo Chefe do Poder Executivo, para mandato de dois anos, permitida uma recondução"*. Mas poderia ser melhor e assinalar que a escolha do Procurador-Geral deveria ser dentre "todos" integrantes da carreira, observado, logicamente, o limite de idade exigido pelo § 1º, do art. 128, em vigor (maiores de 35 anos de idade). Sem dúvida, um avanço para não haver discricionariedade na nomeação.

A Emenda Constitucional surgiria assim como uma redenção à ausência de compreensão do perfeito espírito da Magna Carta pelo Executivo, pelo próprio Ministério Público e Poder Judiciário, pois, de uma vez, por todas, deixaria claro sua função de "adequar a Constituição às mudanças que ocorrem na sociedade" (AGRA), ou melhor, de acordo com o seu primado, harmonizando suas normas.

Não pode o Ministério se conformar com um nível baixo de institucionalização. Como dizem Scott Mainwaring e Mariano Torcal, pensando em institucionalização de sistemas partidários, o que é válido aqui, onde se discute sobre a necessidade de haver confiança para uma interação corporativa: "a sociedade deve reconhecer a necessidade da instituição em questão para bom funcionamento do sistema político como um todo. Por fim, tais práticas, instâncias ou organizações não podem ser subordinadas a interesses particulares. Elas devem adquirir um *status* e um valor independente próprio. Quando servem para fins personalistas ou particulares o nível de institucionalização é baixo". E isso é fundamental para a existência da confiança, base da interação corporativa, e de qualquer trabalho em equipe. Ou, como leciona RAWLS, "[...] numa sociedade justa, as liberdades entre cidadãos são iguais à tomada como estabelecida; os direitos, sustentados pela justiça, não estão sujeitos a barganhas políticas ou cálculos de interesses sociais [...]".

Por tudo dito, pela leitura acurada do Texto Maior deveria ser entendido que o Procurador-Geral de Justiça deveria ser sempre o candidato mais votado e que todos os integrantes da carreira pudessem concorrer ao cargo (prestígio do princípio democrático). Ainda, que não houvesse restrições temporais para os concursos de remoção e promoção (princípio da livre acessibilidade aos cargos, moralidade e impessoalidade). Isso, sem dúvida, é importante para o avanço institucional. Inexiste problema numa maior democratização. Vale citar BOBBIO: "[...] a liberdade de dissentir necessita de uma sociedade pluralista, uma sociedade pluralista permite uma maior distribuição do poder, uma maior distribuição do poder abre as portas para a democratização da sociedade civil e finalmente a democratização da sociedade civil alarga e integra a democracia política". Uma democratização do Ministério Público não abriria uma democratização da sociedade civil?

3. Conclusão

Um Ministério Público cada vez mais forte e independente dos Poderes Constituídos é um dos grandes desafios da atualidade. O guardião do regime democrático deve ser capaz não só de repensar sua atuação, mas de mudar as estruturas internas em um sistema em que não fiquem desprotegidos os direitos de seus membros e realmente o princípio democrático ganhe ares plenos, em prol da sociedade brasileira.

Um dos passos para uma maior interação corporativa, responsabilidade funcional de fato e fortalecimento institucional deve ser o de observância, pelo Ministério Público, nas suas estruturas internas e organizacionais, dos princípios democrático, da igualdade, da livre acessibilidade aos cargos e da moralidade, sem os quais o restante não passará de uma retórica hipócrita no discurso justificador de sua legitimidade para defesa da sociedade e do próprio regime democrático. "O Estado de Direito, concebido e estruturado em bases democráticas, mais do que simples figura conceitual ou mera proposição doutrinária, reflete, em nosso sistema jurídico, uma realidade constitucional densa de significação e plena de potencialidade concretizadora dos direitos e das liberdades públicas. - A opção do legislador constituinte pela concepção democrática do Estado de Direito não pode esgotar-se numa simples proclamação retórica. A opção pelo Estado democrático de direito, por isso mesmo, há de ter conseqüências efetivas no plano de nossa organização política, na esfera das relações institucionais entre os poderes da República

e no âmbito da formulação de uma teoria das liberdades públicas e do próprio regime democrático" (STF, MS 24831/DF, rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 22.06.2005, D.J. 04.08.06). Como disse MAZZILI, "o Ministério Público pode existir seja num regime autoritário, seja num regime democrático; poderá ser forte tanto num, quanto noutro caso; porém, só será verdadeiramente independente num regime essencialmente democrático, porque não convém a governo totalitário algum que haja uma instituição, ainda que do próprio Estado, que possa tomar, com liberdade total, a decisão de acusar governantes ou de não processar os inimigos destes últimos".

Por tudo dito, como nenhuma democracia tem um ponto final, as discussões em torno dos limites da independência do Ministério Público, o modelo organizativo da Instituição e suas relações externas devem ter a frequência necessária à importância de sua missão.

BIBLIOGRAFIA CITADA

AGRA, Walber de Moura. Manual de Direito Constitucional. São Paulo: RT, 2002, p. 386.

BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 7ª. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 75.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 196.

BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal anotada. 6. ed. São Paulo: 2005, p. 1120.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 195-196.

_____ . Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 162-163.

MAZZILI, Hugo Nigro. O Ministério Público e a defesa do regime democrático. *Revista de Informação Legislativa*, n.º 138, abr./jun. 1998, p. 66.

MINWARING, Scott & TORCAL, Mariano. "Teoria e institucionalização dos sistemas partidários após a terceira onda de democratização. Opinião Pública, Campinas, Vol. XI, nº. 2, Outubro, 2005.

PONDÉ, Lafayette. Controle dos atos da Administração Pública. *Revista de Informação Legislativa*, n.º 138, jul./set. 1998, p. 136.

RAWLS, Jonh. Uma teoria da Justiça. Trad. Vamireh Chacon. Brasília: Universidade de Brasília, 1981, p. 27.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

DIAGNÓSTICO MINISTÉRIO PÚBLICO DOS ESTADOS. Brasília: Ministério da Justiça, 2006.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE RESULTADOS: A ATUAL MISSÃO INSTITUCIONAL

João Gaspar Rodrigues*

Promotor de Justiça/AM

Sumário: 1- Introdução. 2- O desafio de manter-se independente sem isolar-se das demais instituições. 2.1- Diálogo institucional: o poder canalizado. 3- A busca incessante por legitimidade social: termômetro da eficiência funcional do MP. 4- A gestão de resultados numa cultura de inovação: Ministério Público resolutivo. 5- Premiar o talento e o mérito: fórmula de fortalecimento institucional. 6- Conclusões. Referências bibliográficas.

1- Introdução

A todos que compõem uma instituição parece elevar-se como uma natural imposição moral zelar pela força, grandeza e prestígio perante a sociedade onde desempenha suas atribuições. Isso porque uma instituição, e falando especificamente do Ministério Público, dura independentemente dos homens que a integram. À complexa rede de relações com a qual os participantes se comprometem, a instituição vem acrescentar algo mais e diferente aos elementos iniciais. Para além dos membros individuais surge um elemento novo, uma entidade autônoma que não é o resultado de uma simples adição. Na vida quotidiana, ninguém se lembra de confundir a mais simples casa com a pilha de materiais de que, no entanto, ela é o resultado. Ora, a instituição é igualmente uma construção, um conjunto arquitetônico onde os indivíduos desempenham uma função, mas adquirem um novo valor pela sua situação em relação ao conjunto (Prélot, 1974, p. 117).

Sobre o Ministério Público, dados os princípios da unidade e indivisibilidade, todos os membros falam em nome da instituição. Assim, cada promotor de justiça assume uma responsabilidade que supera o círculo individual (todos resumem em si o destino da instituição). Como as instituições são governadas por pessoas, a individualidade passa a ser um elemento a incluir na conduta institucional (Thompson, 1967, p. 155). Se os membros de uma instituição procedem errado ou de forma inadequada, se usam os meios (garantias e prerrogativas) como fins, o resultado ruinoso é sentido pela instituição. Se, por outro lado, atuam dentro de padrões de comprometimento com a causa pública, os resultados benéficos são distribuídos em cotas equânimes de prestígio entre os agentes e a instituição. No somatório final, a instituição acaba sendo defraudada em seu patrimônio moral.

É forçoso, portanto, buscar uma harmonia onde o todo serve às partes da mesma forma que as partes servem ao todo. Dentro do binômio indissociável instituição/individualidade, passaremos a analisar o atual perfil do Ministério Público, seus ideais institucionais intrínsecos e a forma mais adequada de se portar diante das exigências modernas de um ambiente social complexo e heterogêneo. Tudo enfeixado, porém, num círculo mais amplo: o de instigar debates.

2- O desafio de manter-se independente sem isolar-se das demais instituições

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

* Promotor de Justiça do Amazonas. Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra. Autor dos livros: "O Ministério Público e um novo modelo de Estado", Manaus:Valer, 1999; "Tóxicos...", Campinas:Bookseller, 2001; "O perfil moral e intelectual do juiz brasileiro", Porto Alegre:Sergio Antonio Fabris, 2007; "Segurança pública e comunidade: alternativas à crise", Porto Alegre:Sergio Antonio Fabris, 2009.

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.

Historicamente, está mais que provado que o Ministério Público quando, por um motivo ou outro, se aproxima demais daqueles órgãos (Executivo, Judiciário e Legislativo) tende a perder respaldo social e a compartilhar dos mesmos males (corrupção, politização, partidarização, burocracismo, servilismo, corporativismo etc.).

Os membros do Ministério Público não podem, por outro lado, ficarem encastelados em uma "torre de marfim", isolados, à margem das realidades, auto-suficientes, procurando em si mesmos o seu próprio princípio e o seu próprio fim, porque como as religiões, as filosofias e a política, que se destroem quando passam a ter seu fim em si próprias, também as instituições deterioram-se quando o interesse interno as desviam de seus objetivos.

Todas as ações das diversas instituições públicas giram num concerto teleológico, sem que o complemento da ação insuficiente de uma por outra possa ser interpretado como invasão de competência ou de atribuições, ou ainda de violação à independência funcional. Dada esta evidência, o Ministério Público deve trabalhar de maneira independente, mas em cooperação com outros ramos do governo, na defesa e no zelo pelo interesse público.

Ao invés de corporativo, o MP deve se apresentar à sociedade e às diversas instituições públicas, como *cooperativo*, associando-se no objetivo comum de distribuir harmonia e paz à coletividade. O mais valioso não se encontra nas entranhas institucionais, mas no tecido social, origem e fim de todos os órgãos especializados do Estado. Ademais, num ambiente democrático não há espaço para o egoísmo institucional, pois todas as associações e instituições se unem numa espécie de grande *sociedade cooperante* (Rodrigues, 2007, p. 205).

Esta união de esforços diversos, acomodada numa vasta cadeia de cooperação, é uma característica fundamental de uma sociedade democrática. É essencial que todas as instituições funcionem bem, dentro de objetivos que não sejam internos e exclusivos. Uma só a desafinar neste coro comum e todo o trabalho é posto a perder. Deve existir uma linha de continuidade funcional entre os diversos órgãos democráticos. Um sendo o prolongamento do outro. E neste quadro, o espírito de corpo surge como um elo desagregador, desviante de uma energia coletiva convergente.

Um raciocínio sereno extraído das circunstâncias práticas nos remete à seguinte conclusão: o MP requer para a eficácia de sua ação uma parceria com outros órgãos públicos. Alguns poucos exemplos servem de ilustração para essa idéia. Uma perícia a ser elaborada pelo Setor ou Departamento de Perícia do Estado ou da União, pelo Conselho Regional de Engenharia ou qualquer outro órgão pode representar o êxito ou fracasso de um procedimento do MP; na área criminal, um inquérito policial mal elaborado ou conduzido pode resultar num processo fadado ao insucesso, a retratar, nos atuais moldes, a importância da polícia judiciária[1]; a falta de cooperação de órgãos ambientais do Município, Estado ou União pode inviabilizar o trabalho eficiente das Promotorias Especializadas em Meio Ambiente; a abordagem ineficiente ou desidiosa de órgãos municipais pode redundar em sérios embaraços para a Promotoria Especializada em Urbanismo etc.

Instituições sem coordenação neutralizam mutuamente sua eficácia. E todas estão ligadas por regras e compromissos distintos, embora sejam livres dentro do marco desses compromissos. A experiência demonstra, numa perspectiva mais ampla, que a democracia não pode existir a menos que todas as suas instituições estejam perfeitamente orientadas para objetivos democráticos. E generalizando, podemos dizer que nenhuma sociedade pode sobreviver a menos que exista alguma coordenação dentro da rede de suas instituições, seus recursos educativos e seus valores fundamentais (Mannheim, 1960, p. 193).

O Ministério Público, além de buscar, através de convênios, protocolos, ajustes, termos de cooperação operacional ou auxílio técnico etc., uma coordenação entre os diversos órgãos públicos para viabilizar e otimizar sua atividade-fim, assume por conta disso, paralelamente, uma espécie de responsabilidade pela saúde institucional e técnica de tais órgãos. Responsabilidade que o obriga a ser um dos principais combatentes do Estado (Município, Estado-membro e União), com o objetivo de forçá-lo constantemente a manter ditos órgãos (principalmente aqueles indispensáveis ao bom desempenho das funções ministeriais) dentro de padrões mínimos de eficiência (como, aliás, determinam os arts. 37 e 129, II, da CF).

2.1- Diálogo institucional: o poder canalizado

Nesse desafio de coordenação com órgãos e instituições externas de forma independente, o Ministério Público acaba esquecendo uma premissa básica: a cooperação interna é a primeira lei de competição externa. Afinal como enfrentar poderes políticos e econômicos bem organizados sem contar com uma estrutura sólida e coesa?

[1] A influência do inquérito policial junto à ação penal é notória no direito brasileiro, sendo um erro de fato afirmar que ele não é empregado ao longo da fase judicial, inclusive como razão de decidir (Choukr, 2004, p. 38). Claus Roxin (2000, p. 57) chegou a afirmar à guisa de realçar a importância da polícia que a promotoria sem a polícia é "uma cabeça sem mãos".

A Constituição ao dotar o Ministério Público de unidade e indivisibilidade (art. 127, § 1º, CF)[2], possibilitou a qualquer agente ministerial que ao atuar impute sua vontade funcional à instituição (Carneiro, 1995, pp. 43-44). Qualquer ato praticado por um promotor ou procurador de justiça, no exercício de suas funções, automaticamente é atribuído ao Ministério Público. Não há dualidade de pessoas (ente curador dos direitos ou interesses – MP – e a pessoa que os exerce – membro) como na representação, legal ou voluntária. Há unidade: é uma só pessoa – a pessoa coletiva, a instituição – que persegue o seu interesse, mas mediante pessoas físicas – as que formam a vontade, as que são suportes ou titulares dos órgãos.

Diante disso, seria extremamente traumática para a instituição a existência de tantos interesses ou vontades quantos fossem o número de membros a compô-la. Ou ainda, a justaposição de promotorias mais ou menos especializadas, sem diálogo e sem cooperação entre si. Não haveria convergência de energias, mas o caos anárquico e improdutivo conducente a uma espécie de anomia institucional. Os múltiplos agentes independentes devem repousar suas individualidades e idiossincrasias sobre um núcleo irredutível que confira uma base segura para o desempenho linear das funções da instituição. Este núcleo não é outro senão a ordem jurídica e o diálogo institucional.

O diálogo institucional ou a solidariedade interna entre os agentes do Ministério Público, com delimitação precisa de atribuições, disposição de atuar em conjunto e uma interação funcional sujeita a princípios, normas e regras, onde cada órgão pode complementar a atividade do outro, é o passo decisivo para uma gestão fundada no resultado. Para isso alguns desafios devem ser postos claramente: I- criação de condições efetivas para os órgãos de execução e de administração atuarem como uma equipe (com **unicidade de propósitos**); II- estabelecimento de condições para enfrentar diferenças internas criando motivação para ações cooperadas; III- extrair da interação entre os órgãos cooperantes soluções capazes de mudar a realidade (retroalimentando a aliança orgânica); IV- eliminação ou expurgo da cultura burocrática avessa ao diálogo e ao agir compartilhado (que pressupõe uma atitude mental absolutamente nova[3]).

No item 2 desse estudo, deixamos claro que o MP deve compatibilizar sua independência funcional com uma coordenação com os demais órgãos externos. É sabido que a independência funcional atinge o MP sob dois vértices: a independência externa ou política (visa protegê-lo das ingerências e pressões de poderes externos em sua atividade funcional) e a independência interna ou pessoal (que visa amparar o membro ministerial dentro de sua própria instituição, em relação aos demais órgãos ministeriais). Com a independência externa assume a instituição o desafio de harmonizá-la com a necessidade imperiosa de se coordenar com as demais instituições e órgãos externos. Não é diferente com a independência interna, em que os membros e órgãos internos (de execução e de administração), individualmente considerados, têm a difícil missão de afinar a independência com um diálogo permanente com o objetivo de agilizar e otimizar sua atividade-fim.

Debates, estudos, intercâmbio de informações, realização periódica de congressos (estaduais, regionais e nacionais) reunindo a categoria, assim como as campanhas internas para os cargos eletivos dos órgãos superiores e da associação de classe criam espaços de formulação e discussão de temas jurídicos e problemas institucionais (Silva, 2001, p. 130). Essas atividades geram um discurso próprio à categoria e, em conseqüência, um diálogo permanente.

3- A busca incessante por legitimidade social: termômetro da eficiência funcional do MP

O Ministério Público constitui uma estrutura jurídico-social, ou seja, é a institucionalização de uma função indispensável ao bom desenvolvimento social. É uma estrutura estatal que de toda maneira saiu da coletividade, que é controlada em seus objetivos pela sociedade e que tem um papel positivo a desempenhar no alargamento do horizonte social, jurídico e político das massas. A sociedade inteira, por isso, lhe confia a função de agir em seu nome, de cumprir os seus deveres, de realizar os seus desejos.

A legitimidade e o prestígio social dependem sempre da competência e da eficiência como o Ministério Público desempenha suas atividades ordinárias. A motivação dos cidadãos em colaborar, participar e demandar os serviços prestados pelo MP funciona como vetor legitimador da própria atuação institucional. Legítima será a atividade funcional capaz de gerar crenças validadas pelo seu reconhecimento como valor ético e pela prática social que, por uma experiência concreta, confirma seu *modus operandi* (Grin, 2008). Daí que essa legitimidade social para o MP e práticas legitimantes pela sociedade devam formar um círculo virtuoso, visando manter o padrão de eficiência da atividade-fim desempenhada pela instituição.

Ser eficiente exige o aproveitamento máximo de tudo aquilo que a coletividade possui, em todos os níveis, ao longo da realização de suas atividades. Significa racionalidade e aproveitamento máximo das potencialidades existentes. Mas não só. Em seu sentido jurídico, a expressão também deve abarcar a idéia de eficácia da prestação,

---

[2] Sobre os aludidos princípios e o alcance conceitual *vide* Nogueira, 1992, p. 81; Sauwen Filho, 1999, pp. 209-210; Donizetti, 2009, p. 152.

[3] Thoreau, o curioso naturalista/filósofo americano, de modo perspicaz achava que as reformas materiais de nossas instituições não se realizariam sem que houvesse, preliminarmente, uma reforma interior do indivíduo e que, se esta última se realizasse, a primeira passaria a ser supérflua (Dreiser, s/d, p. 169).

ou de resultados da atividade realizada. Uma atuação ministerial só será juridicamente eficiente quando seu resultado quantitativo e qualitativo for satisfatório, levando-se em conta o universo possível de atendimento das demandas existentes e os meios disponíveis (Cardozo, 1999, p. 166).

A eficiência no desempenho das funções do Ministério Público passa, portanto, por um melhor conhecimento dos problemas comunitários. E isto tem implicado numa necessidade cada vez mais premente de uma articulação entre o MP e a comunidade na busca por soluções.

Hoje em dia a representação democrático-formal que restringe a cidadania a uma feição meramente eleitoral[4] amparada numa vaga noção de universalidade de direitos (Grin, 2008) apresenta-se francamente em crise (Mannheim, 1960, p. 165; Mazzilli, 2001, p. 127). Em seu lugar ou ao seu lado temos a participação cidadã e comunitária (responsável) na formulação e implementação das políticas públicas. E isso exige um novo sistema de *accountability*[5] ou de prestação de contas que reforce a confiança social na eficiência das instituições públicas. São os novos modelos de governança participativa que afetam não apenas o círculo político estrito, mas instituições jurídicas com forte cariz político (a exemplo do Ministério Público[6]).

De fato, a democracia é o governo do poder público **em público**. E num Estado constitucional democrático, o caráter público é a regra, o segredo a exceção, e mesmo assim é uma exceção que não deve fazer a regra valer menos (Bobbio, 1986, p. 84-86). Por sua própria natureza, o poder democrático deve ser exercido com o máximo de transparência, às claras, e com a participação e consentimento consciente dos cidadãos (Strieder, 2004, p. 179).

Uma instituição tem um caráter público apenas enquanto se acredita que a sua atividade própria seja pública. Sessões secretas, reuniões, acordos e decisões secretas podem ser muito significativas e importantes, mas não podem jamais ter um caráter público, democrático e responsivo.

No Amazonas, para não falar em todo o Brasil, a *rendición de cuentas* do Ministério Público ainda é muito deficiente e pouco democrática. Em sua Lei Orgânica (Lei n. 011/93) é prevista apenas a apresentação, pelo Procurador-Geral de Justiça, "relatório das atividades do Ministério Público" (Art. 29, inc. XXXIX). E consta ainda a atribuição ao Subprocurador-Geral de Justiça para Assuntos Administrativos de "Plano Anual de Atividades e o Relatório Anual" (art. 26, §2º. IX). Esses mecanismos (relatório e plano anual de atividades), na prática, não passam do cumprimento formal de determinação legal, sem o envolvimento da comunidade e sequer da maioria dos membros da instituição.

O processo de definição das prioridades institucionais não pode prescindir da participação da sociedade. Como órgão de representação, o Ministério Público deve consultá-la antes de estabelecer as metas prioritárias. Essas metas devem refletir aquilo que a sociedade quer e espera da atuação do Ministério Público. A *accountability* deve começar de baixo. Em cada comarca deve ser feito um diagnóstico sobre as questões que possam exigir a atuação do Ministério Público (criminalidade, segurança pública, meio ambiente, infância e juventude, consumidor etc.). Após a realização desse diagnóstico, deve ser convocada uma audiência pública (ou tantas quantas sejam necessárias) para a discussão dos problemas levantados (Goulart, 1999, p. 329). O resultado das audiências públicas deve subsidiar o Programa de Atuação da Promotoria de Justiça respectiva. E todos os programas setoriais devem desaguar num Plano Geral de Atuação do Ministério Público. Aí sim, teríamos um pouco mais de *accountability* e legitimidade social[7].

Os serviços prestados pelo Ministério Público se submetem aos parâmetros do art. 37, **§ 3º, II, da CF, onde o usuário/cidadão tem direito à participação e às informações sobre a forma como os serviços são executados. Nesse sentido, existe proposta no Conselho Nacional do Ministério Público (proposta n.** 444/2009-91, de autoria do Conselheiro Cláudio Barros) **para criação,** nas páginas eletrônicas dos diversos MP's, de um portal, acessível à comunidade, que contenha todos os dados públicos, exceto os respaldados por sigilo legal, relativos à instituição. O chamado "Portal da Transparência" disponibilizará, entre outros itens, informações relativas a receitas e despesas; orçamento anual e repasses mensais; gastos com membros e servidores ativos e inativos; custo com diárias e cartões corporativos; convênios firmados; relação de contratos e licitações em andamento; e adequação à Lei de Responsabilidade Fiscal[8].

A prestação de contas e o desempenho funcional eficiente são vetores que influenciam a capacidade do Ministério Público em obter legitimidade social junto à comunidade. A renovada legitimidade social do MP depende de sua capacidade em: I- garantir níveis de desempenho funcional equivalentes aos níveis de exigência social

---

[4] Como diz Melo (2007, p. 16): nos governos representativos modernos, o momento estruturante do contrato entre cidadãos e representantes consiste nas eleições.

[5] Termo de origem anglo-saxônica, sem uma tradução precisa em português, mas que remete à idéia de prestação de contas ou responsabilização de uma instituição, organização ou órgão perante instâncias de controle. A *accountability* pode ser legal, administrativa, política e social (ou conforme outras classificações: vertical, horizontal e societal).

[6] O MP é um ator político singular: situado na esfera jurídica, tem a função de proteger interesses de grupos e segmentos da sociedade (Silva, 2001, p. 128).

[7] Sempre há espaço para mais democracia (Dahl, 1998, p. 137).

[8] Conselho Nacional do Ministério Público, disponível em: http://www.cnmp.gov.br/noticias. Acesso em: 23.05.2009. A página eletrônica do MP Amazonense contém algo semelhante, embora embrionário: http://www.mp.am.gov.br/transparencia.

gerados; II- engendrar um processo de *accountability* de suas ações e atividades que valorize a interlocução participativa e democrática com a comunidade[9].

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.

4- A gestão de resultados numa cultura de inovação: Ministério Público resolutivo

Os membros do MP, até pela forma rigorosa de seleção a que se submetem para ingressar na instituição, detêm um invejável cabedal jurídico e cultural. Na função também passam a deter prerrogativas e dispor de mecanismos jurídicos aptos a serem utilizados para tentar mudar a realidade de sua comarca, para tentar criar coisas que façam a diferença e não apenas para executar um trabalho burocrático (apresentando-se à sociedade como um ramo especializado da burocracia). Assumem o supremo desafio de aplicar a lei em uma sociedade submetida a rápidas e constantes transformações[10].

As necessidades sociais, os modos de vida, a organização das relações entre os homens evoluem e evoluirão sem cessar segundo o progresso das ciências e das técnicas. Como diz o sociólogo alemão Leopold von Wiese (1932, p. 41), a "eterna mudança das coisas só permite o surgimento de fenômenos circunstancialmente condicionados", ou seja, que se submetem ao vai-e-vem histórico. Neste movimento dialético, tensões e conflitos são constantes. Iniciativas e ajustes, igualmente, surgem como necessários a cada estágio (Marchais, 1974, p. 25). E é nesta etapa que a atuação do membro do MP pode ser muito útil à sociedade.

Instituições como o Ministério Público tendem a enfraquecer e estiolar-se quando fracassam em satisfazer os anseios de justiça e de liberdade dos homens. Assim, no dizer de Bertand Russell (1958, pp. 15-16), se se quiser o desenvolvimento de uma sociedade orgânica, é necessário que as nossas instituições sejam fundamentalmente transformadas de molde a representarem esse novo respeito pelo indivíduo e pelos seus direitos, exigido pelo sentimento moderno.

O direito, instrumento que é dado ao Ministério Público manusear, nasce da vida e à vida serve. E a vida é um complexo homogêneo de funções: fisiológicas, psíquicas, sociais, assim como físico-químicas, que se defronta constantemente com novos problemas a exigir novas soluções. O direito, e por via de conseqüência, o Ministério Público, não pode, diante dessa realidade cambiante, ser apenas um instrumento de estabilização e de ordem. Assume, por imperiosa necessidade da vida, uma função revolucionária: mudar para preservar ou resgatar uma ordem justa.

O Direito guarda uma inocultável vocação pragmática, estando predisposto, como instrumento da sã racionalidade humana, a resolver e equacionar problemas. Não se fazem leis pelo prazer bizantino de fazê-las[11], mas para montar esquemas práticos de proteção de interesses e anseios legítimos dos cidadãos.

Um sistema jurídico não é montado com o fim de ser apreciado em seus detalhes teóricos ou sutilezas estéticas, mas para lidar com questões práticas e funcionais, criar normas de regulação do convívio humano, propiciar a resolução justa de conflitos, garantir a adoção de medidas ordenadoras etc. O *ethos* do Direito é profundamente pragmático e utilitário.

Para evitar a terrível acusação de um jurista americano de que o "direito é apenas um mecanismo vazio, desprovido de conteúdo específico próprio e recebendo seu conteúdo das várias instituições não-jurídicas" (Hall, n/d, p. 111), o Ministério Público, como um dos principais aplicadores e intérpretes do Direito, assume a responsabilidade de pensar a ciência jurídica e seus mecanismos como alavancas de progresso social dentro de uma cultura de inovação e de contínuo reajuste. E para isso é preciso sair dos gabinetes e encontrar com o Direito nas ruas, deixando de ser apenas um feixe de competências a serviço do Estado (Foucault, 1979, p. 09).

O Ministério Público de perfil antigo (ou clássico, como queiram) se caracteriza por simplesmente reagir aos fatos sociais, aguardando que os fatos se tornem patológicos, conflituosos, para serem submetidos ao crivo judicial. É uma postura institucional reativa (inercial, fragmentária) a negar parcela valiosa de atribuições extrajudiciais do MP e que, claramente, se inspira no antigo art. 1º. da Lei Complementar n. 40/81: "O Ministério Público, instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, é **responsável perante o Judiciário**, pela defesa da ordem jurídica e dos interesses indisponíveis da sociedade, pela fiel observância da Constituição e das leis...".

Esse entendimento responde por uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional no Brasil: a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo (Barroso, 1996, p. 396).

---

[9] Atualmente, que tipo de responsabilização social (*social accountability*) tem o MP pelo mau desempenho de suas funções? Que mecanismos detém a comunidade para sancionar ou recompensar o exercício funcional do MP?

[10] Sociedade a que Hermann Heller (1968, p. 235) apropriadamente designa de "sociedade de mutação".

[11] Diz textualmente Sieyès (1988, pp. 04-05): "Não se fazem leis pelo prazer de fazê-las...O legislador é estabelecido não para conceder senão para proteger nossos direitos". O direito deve ser entendido como uma regulação predominantemente útil (Zippelius, 1997, p. 31; Ferrara, 1987, p. 130).

Essa mentalidade reativa ainda conta com muitos defensores (Costa Machado, 1998, p. 74) e ainda prevalece, embora não mais atenda às exigências da cidadania inclusiva no mundo globalizado. Além disso, o Ministério Público preponderantemente demandista, dependente do Judiciário, é um desastre, pois o Poder Judiciário ainda responde mal às demandas que envolvem os direitos massificados (Goulart, 1998, p. 120; Almeida/Parise, 2005, p. 612).

O caráter reativo bem como a instrumentalização do MP na tarefa de apaziguamento social são teses insustentáveis na atual quadra histórica e atreladas ainda a uma interpretação nostálgica da ordem jurídica destronada com a CF/88. Que o Ministério Público é indispensável ao Judiciário, na realização do mister institucional deste (prestação da tutela jurisdicional), não há a menor dúvida (Rodrigues, 1999, p. 128; Porto, 1998, p. 17). Mas outras funções, tão ou mais importantes, são desenvolvidas extrajudicialmente, tanto que o próprio art. 127, da Constituição de 88 ao dizer que o MP é essencial à função jurisdicional do Estado, acrescenta-lhe a incumbência da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, aspectos mais abrangentes e igualmente relevantes da vida de um Estado, que não são necessariamente desenvolvidos perante o Judiciário.

Quando instaura inquérito civil, fiscaliza fundações, prisões e delegacias de polícia, promove audiências públicas para discutir problemas comunitários ou ainda quando estabelece compromissos de ajustamento, nota-se que o Ministério Público alarga e extrapola a órbita judicial, daí ter dito o legislador constituinte menos do que devia, na medida em que a instituição também é essencial em tarefas não-jurisdicionais a si incumbidas (Porto, 1998, p. 17).

A fatia de atribuições extrajudiciais (um rol sempre crescente) tem obrigado a instituição a adotar uma postura assumidamente proativa e resolutiva, em que passa a concentrar seus recursos e esforços na busca de respostas preventivas para os problemas comunitários. Ao invés de reagir contra incidentes ou fatos consumados (que em boa parte das vezes não encontram uma solução adequada com a submissão judicial), o MP passa a trabalhar para a solução dos próprios problemas em conjunto com a comunidade[12]. Neste novo perfil institucional, o promotor de justiça, como dizia Nietzsche (2005, p. 260), deve ser um *homem antecipador*, ou seja, deve se antecipar aos fatos, o que pressupõe uma nova atitude mental e uma renovada disposição para a ação.

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 (Silva, 2001, pp. 134-135).

Por fim, pode-se dizer que uma gestão da atividade-fim do Ministério Público para alcançar resultados (um **Ministério Público de resultados**) deve apresentar algumas características ou adotar certas medidas: I- uma nova cultura organizativa que realce a busca por resultados, pondo destaque na formação de agentes de iniciativa e de mente aberta que escutem com interesse idéias novas; II- introdução de um parâmetro analítico apto a rever o desempenho dos objetivos estratégicos e a forma de sua execução; III- inserção de uma nova mentalidade onde o promotor possa perceber que entre as atribuições constitucionais e a lei tem um significativo espaço para definir suas prioridades e criar métodos de trabalho (Silva, 2001, p. 127); IV- estabelecimento de um diálogo institucional interno entre os diversos órgãos (de execução e de administração) com o fim de otimizar a cooperação e os círculos de inovação. V- criação de um núcleo de estudos e pesquisas em eficiência funcional.

5- Premiar o talento e o mérito: fórmula de fortalecimento institucional

Não há melhor maneira de convencer um agente público a não ser desidioso e inepto, senão recompensando-lhe o comportamento contrário, e não apenas punindo. A motivação, como possibilidade de influir institucionalmente nos desejos e nas aspirações das pessoas, desempenha um papel importante na qualificação contínua do agente do Ministério Público. Um Promotor de Justiça, por exemplo, tende a aperfeiçoar-se e zelar profundamente pelo seu trabalho se sabe a que objetivos serve. Evidentemente, não existe um desejo inato de aperfeiçoamento cultural ou de zelo funcional. Membros do Ministério Público ou de qualquer outra instituição não se transformam repentinamente em pessoas de mentalidade elevada e capaz de perseguir zelosamente o bem comum, simplesmente porque se lhes diga que têm de agir assim. Uma instituição motivadora, bem estruturada e dotada de mecanismos adequados faz surgir dito desejo. Desse modo, é imperioso existir no Ministério Público promotores e procuradores de justiça motivados e um sistema de recompensas motivador.

[12] Os mecanismos para isso existem às mancheias, e sempre surgem novos, engendrados por uma saudável cultura de inovação que se dissemina entre os membros do Ministério Público.

O reconhecimento do mérito, como critério para um prêmio social, além de uma clara concessão ao individualismo, também apresenta um alcance social inegável. A sociedade, principalmente a moderna em que os progressos técnicos e científicos exigem cada vez mais profissionais capazes, tem fundamental interesse que seus membros, principalmente aqueles ocupantes de funções públicas estratégicas, sejam capazes, inteligentes e competentes. E por isso institui mecanismos de premiação destes méritos para estimular o aperfeiçoamento intelectual e profissional, de acordo com as rápidas modificações do mundo moderno, em que o indivíduo, muitas vezes, dorme sábio e acorda ignorante.

Concedida a recompensa ao mérito, reconhecendo-o justamente, ganha o profissional, a instituição e a sociedade; concedida a recompensa a quem não fez por merecê-la, perde o favorecido (pelo esmorecimento das energias), perde o profissional com mérito (pela crise amotivacional – Mannheim, 1960, p. 289), perde a instituição (por ficar sujeita a desenvolver vícios internos como o burocratismo e o corporativismo) e perde a sociedade (pela ineficiência e improdutividade no serviço público). Diante de tão evidentes prejuízos, como ainda permitimos que o favorecimento ilegítimo, o jogo de interesses inconfessáveis, as maquinações de toda ordem, subvertam o princípio do merecimento?[13]

Um sistema justo de promoção e mobilidade na carreira, feito "a céu aberto e não às escondidas", cria o indispensável ambiente de confiança, entusiasmo e cordialidade. Como disse um especialista americano em recursos humanos: "Você pode comprar o tempo de um homem; você pode comprar a presença física de um homem em determinado lugar; você pode igualmente comprar certa atividade muscular, pagando-a por hora ou por dia; mas você não pode comprar entusiasmo; você não pode comprar iniciativa; você não pode comprar lealdade; você não pode comprar devoção de corações, de espírito, de almas; essas virtudes você deve conquistá-las" (Weil, 1958, p. 29).

Por outro lado, de que vale o mérito funcional, o aperfeiçoamento constante da atividade profissional, se não traz triunfo e recompensas na carreira? O efeito é comparável ao do soldado que, preparado e valente, não consegue vencer e dominar o inimigo. E mais aumenta a angústia quando vemos um arsenal de forças de progresso e desenvolvimento na figura de agentes públicos valorosos, do ponto de vista intelectual, ser desprezado e irracionalmente inaproveitado.

O aumento da produtividade, da qualidade e da eficiência no serviço público (e mais especificamente no Ministério Público), tal como ocorre no setor privado, depende da motivação do agente laboral, porque é o interesse do agente público pelo seu trabalho e sua função a única fonte segura de produtividade. Tire-se-lhe a motivação (através de mecanismos já bastante conhecidos) e teremos a preguiça, a desídia e o descaso.

6- Conclusões

Uma sociedade em mutação requer um contínuo reajuste de suas instituições para atender eficientemente às novas demandas. O Ministério Público se insere nesse contexto como uma instituição vocacionada para defender os interesses, não mais do Estado ou de uma sociedade simplesmente, mas de uma complexa sociedade democrática. Dentro desses objetivos alguns desafios são postos e sintetizados nas conclusões seguintes:

I- A independência funcional como princípio constitucional de vital importância para a saúde institucional do Ministério Público não pode se converter em irracional atitude corporativa e isolacionista em relação ao contexto sócio-político em que os intercâmbios democráticos se estabelecem entre os diversos órgãos públicos; deve ter como política institucional a busca constante de uma coordenação entre os diversos órgãos públicos para viabilizar e otimizar sua atividade-fim. Neste propósito, assume uma espécie de co-responsabilidade pela saúde institucional e técnica de tais órgãos, obrigando-se a ser um dos principais combatentes do Estado (Município, Estado-membro e União), na tarefa de forçá-lo a manter ditos órgãos (principalmente aqueles indispensáveis ao bom desempenho das funções ministeriais) dentro de padrões mínimos de eficiência (conforme imposição dos arts. 37 e 129, II, da CF).

II- O processo de definição das prioridades institucionais não pode prescindir da participação da sociedade. O Ministério Público deve consultá-la antes de estabelecer as metas prioritárias. A *accountability* deve começar de baixo; cada comarca deve fazer um diagnóstico sobre as questões que possam exigir a atuação do Ministério Público. Elaborado o diagnóstico, a discussão dos problemas levantados deve ser feita em audiências públicas com a participação dos diversos setores da comunidade. O resultado desse trabalho articulado entre MP e comunidade deve subsidiar o Programa de Atuação da Promotoria de Justiça respectiva. E todos os programas setoriais devem subsidiar o Plano Geral de Atuação do Ministério Público.

III- A legitimidade social do MP depende de sua capacidade em: a)- garantir níveis de desempenho funcional equivalentes aos níveis de exigência social gerados; b)- engendrar um processo de *accountability* de suas ações e atividades que valorize a interlocução participativa e democrática com a comunidade. A eficiência funcional ou uma **instituição de resultados** é a força motriz para adquirir legitimidade social. E estas duas variáveis (*eficiência-resultados* + *legitimidade*), combinadas, perfazem um círculo virtuoso, em que quanto mais eficiência funcional maior a legitimidade, e quanto mais legitimidade maior o estímulo para aprimorar a instituição.

[13] A injustiça não pode perpetuar-se sem dano fundamental tanto àqueles que a mantêm, como aos que a suportam. Não será num panorama como esse que se poderá nutrir a fé nas instituições públicas, nos agentes públicos e no serviço que prestam à sociedade.

IV- O Ministério Público, como um dos principais aplicadores e intérpretes do Direito, assume a responsabilidade de pensar a ciência jurídica e seus mecanismos como alavancas de progresso social, a partir de uma cultura de inovação; sua missão é promover o interesse público e a justiça não apenas com os elementos estáticos concedidos pela letra fria da lei, mas enriquecê-los com a práxis institucional e as soluções que surgem da teorização dos problemas formulados a partir do contato com a comunidade.

V- Uma gestão da atividade-fim do Ministério Público para alcançar resultados (um **Ministério Público de resultados** ou **Ministério Público resolutivo**) deve apresentar algumas características ou adotar certas medidas: a)- uma nova cultura organizativa que realce a busca por resultados; b)- introdução de um parâmetro analítico apto a rever o desempenho dos objetivos estratégicos e a forma de sua execução; c)- inserção de uma nova mentalidade onde o promotor possa perceber que entre as atribuições constitucionais e a lei tem um significativo espaço para definir suas prioridades e criar novos métodos de trabalho; d)- estabelecimento de um diálogo institucional interno entre os diversos órgãos (de execução e de administração) com o fim de otimizar a cooperação e os círculos de inovação; e)- criação de um núcleo de estudos e pesquisas em eficiência funcional.

VI- Para que o membro do Ministério Público sinta-se estimulado a produzir com eficiência e ativamente, a instituição deve nutrir em seu íntimo uma série de convicções, sobressaindo-se a certeza de que, quando das movimentações na carreira, o agente melhor qualificado e autor de um trabalho eficiente e zeloso será escolhido para ocupar os melhores cargos. Neste aspecto, a instituição do Ministério Público deve assumir definitivamente um perfil motivador.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALMEIDA, Gregório Assagra.; PARISE, Elaine Martins. "Priorização da atuação preventiva pelo Ministério Público: mudança de paradigma como exigência do Estado Democrático de Direito". Belo Horizonte:Anais do XVI Congresso Nacional do Ministério Público "Ministério Público e Justiça Social", 2005, pp. 609-617.

BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas.* Rio de Janeiro:Renovar, 1996.

BEHRENS, Marilda Aparecida. "A prática pedagógica e o desafio do paradigma emergente". Brasília:Revista Brasileira de Estudos Pedagógicos, v. 80, n. 196, 1999, pp. 383-403.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia – uma defesa das regras do jogo.* Tradução de Marco Aurélio Nogueira, Rio de Janeiro:Paz e Terra, 6ª. ed., 1986.

CAMARGO FERRAZ, Antonio Augusto Mello de (coord.). *Ministério Público – Instituição e Processo.* São Paulo:Atlas, 1997.

CAMARGO FERRAZ, Antonio Augusto Mello de. "Fim da lista tríplice de merecimento". Em: 13º. Congresso Nacional do Ministério Público, Curitiba, Livro de Teses, vol. 3, 1999, pp. 465-469.

CARDOZO, José Eduardo Martins. "Princípios constitucionais da administração Pública (de acordo com a Emenda Constitucional n. 19/98)". Em: Alexandre Moraes (coord.), *Os 10 anos da Constituição Federal,* São Paulo:Atlas, 1999, pp. 149-183.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público no processo civil e penal.* Rio de Janeiro:Forense, 5ª. ed., 1995.

CHOUKR, Fauzi Hassan. "Polícia e Estado de Direito na América Latina – Relatório Brasileiro". Em: Fauzi Hassan Choukr e Kai Ambos (coord.), *Polícia e Estado de Direito na América Latina,* Rio de Janeiro:Lumen Júris, 2004, pp. 01-59.

COSTA MACHADO, Antônio Cláudio da. *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro.* São Paulo:Saraia, 2ª. ed., 1998.

DAHL, Robert. *La democracia – una guía para los ciudadanos.* Tradução de Fernando Vallespín, Madrid:Taurus, 1998.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil.* Rio de Janeiro:Lúmen Júris, 11ª. ed., 2009.

DREISER, Theodore. *O pensamento vivo de Thoreau.* Tradução de Lauro Escorel. São Paulo:Martins, s/d.

FERRARA, Francesco. *Interpretação e Aplicação das Leis.* Tradução de Manuel A. Domingues de Andrade. Coimbra:Armênio Amado, 4ª ed., 1987.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder.* Tradução de Roberto Machado, Rio de Janeiro:Graal, 1979.

FOUGEYROLLAS, Pierre. *A filosofia em questão.* Tradução de Roland Corbisier, Rio de Janeiro:Paz e Terra, 2ª ed., 1960.

GOULART, Marcelo Pedroso. *Ministério Público e democracia: teoria e práxis.* São Paulo: LED, 1998.

GOULART, Marcelo Pedroso. "A legitimação social do Ministério Público". Em: 13º. Congresso Nacional do Ministério Público, Curitiba, Livro de Teses, vol. 3, 1999, pp. 327-331.

GRIN, Eduardo José. "Governança participativa, eficácia gerencial e legitimidade política nos governos locais". Em: XIII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Buenos Aires,

2008, disponível em: http://www.planejamento.gov.br/hotsites/seges/clad/documentos/grin.pdf. Acesso em: 19.05.2009.

HALL, Jerome. *Democracia e direito.* Tradução de Arnold Ward e Carly Silva. Rio de Janeiro:Zahar, n/d.

HELLER, Hermann. *Teoria do Estado.* Tradução de Lycurgo Gomes da Motta, Mestre Jou, São Paulo, 1968.

JÚNIOR, João Lopes Guimarães. "Papel constitucional do Ministério Público". Em: Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz (coord.), *Ministério Público – Instituição e Processo.* São Paulo:Atlas, 1997.

MANNHEIM, Karl. *Libertad, poder y planificación democrática.* Tradução de Manuel Durán Gili. México:Fondo de Cultura Económica, 1960.

MARCHAIS, Georges. *O desafio democrático,* trad. de Fernando de Castro Ferro, Lisboa:Centro do Livro Brasileiro, 1974.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito.* Rio de Janeiro:Forense, 14ª edição.

MAZZILLI, Hugo Nigro. "Ministério Público e cidadania". São Paulo:Justitia, a. 63, v. 194, 2001, pp. 127-129.

MELLO, Osvaldo Ferreira de. *Tendências do federalismo no Brasil.* 1. ed., Florianópolis: Lunardelli, 1978.

MELO, Marcus André. "O viés majoritário na política comparada. Responsabilização, desenho institucional e qualidade democrática". São Paulo:Revista Brasileira de Ciências Sociais, 2007, v. 22, n. 63, pp. 11-29.

MESQUITA, Luiz José de. "O Ministério Público na ação popular". São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, vol. 574, pp. 24-35.

MORAES, Alexandre (coord.). *Os 10 anos da Constituição Federal.* São Paulo:Atlas, 1999.

MORAES, Maria Cândida. *O paradigma emergente.* Campinas:Papirus, 1997.

NIETZSCHE, Friedrich. *Humano, demasiado humano.* Tradução de Paulo César de Souza, São Paulo:Companhia das Letras, 3ª. reimpressão, 2005.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso completo de processo civil.* São Paulo:Saraiva, 3ª. ed., 1992.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Sobre o Ministério Público no processo não-criminal.* Rio de Janeiro:AIDE, 2ª ed., 1998.

PRÉLOT, Marcel. *A ciência política actual.* Tradução de Jonas Negalha, Lisboa:Bertrand, 1974.

RODRIGUES, João Gaspar. *O Ministério Público e um novo modelo de Estado.* Manaus:Valer, 1999.

RODRIGUES, João Gaspar. *O perfil moral e intelectual do juiz brasileiro.* Porto Alegre:Sergio antonio Fabris, 2007.

RODRIGUES, João Gaspar. "Critérios objetivos/objetivantes para a aferição justa de merecimento". Manaus:Revista Jurídica do Ministério Público do Amazonas, vol. 5, 2004, pp. 193-242.

ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal.* Tradução de Daniel Pastor e Gabriela Córdoba, Buenos Aires:Del Puerto, 2000.

RUSSELL, Bertrand. *Princípios de reconstrução social.* Tradução de Lólio Lourenço de Oliveira, São Paulo:Nacional, 1958.

SALLAS, Luis P. "Justiça Penal na América Latina: reformas e desafios". Em: Winfried Jung (org.), *Segurança pública como tarefa do Estado e da sociedade,* São Paulo:Centro de Estudos da Fundação Konrad Adenauer (série "Debates"), n. 18, 1998, pp. 39-85.

SANTIN, Valter Foleto. "A reegenharia do Ministério Público: alguns aspectos". São Paulo:Justitia, a. 63, vols. 185/188, 1999, pp. 136-143.

SAUWEN FILHO, João Francisco. *Ministério Público Brasileiro e o Estado Democrático de Direito.* Rio de Janeiro:Renovar, 1999.

SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. *¿Que es el Estado Llano? (precedido del ensayo sobre los privilegios).* Tradução de José Rico Godoy, Madrid:Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

SILVA, Cátia Aida. "Promotores de Justiça e novas formas de atuação em defesa de interesses sociais e coletivos". São Paulo:Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 16, n. 45, 2001, pp. 127-144.

SINHORETTO, Jacqueline. *Ir aonde o povo está – etnografia de uma reforma da justiça.* São Paulo, Tese de doutoramento (mimeo.), 2006.

SOROS, George. *A era da insegurança.* Tradução de Lucia Boldrini, Rio de Janeiro:Elsevier/Campos, 2007.

STRIEDER, Inácio. "A transparência democrática". Em: Revista de Filosofia Usininos, Vol. 5, n. 9, 2004, pp. 167-178.

THOMPSON, Victor A. *Moderna organização.* Rio de Janeiro:Freitas Bastos, 1967.

VIANA, Mário Gonçalves. *A arte de estudar.* Editora Educação Nacional, 1943.

WEIL, Pierre. *Relações humanas na família e no trabalho.* São Paulo:Companhia Editora Nacional, 4ª. ed., 1958.

WIESE, Leopold von. *Sociología (historia y principales problemas).* Tradução de Rafael Luengo Tapia, Barcelona:Labor, 1932.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado.* Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho, 3ª. edição, Lisboa:Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

A INCONSTITUCIONALIDADE DA REQUISIÇÃO/NOTIFICAÇÃO INDIRETA (ART. 26, §1º, DA LEI N. 8.625, DE 12.02.1993): VIOLAÇÃO AOS ARTS. 5º, INC. LXXVIII E 127, §1º, DA CF

João Gaspar Rodrigues*

Promotor de Justiça/AM

Sumário: 1- Introdução. 2- A insustentabilidade lógico-jurídica da requisição/notificação indireta. 3- Violação da independência funcional (art. 127, §1º, da CF). 4- Violação do art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal. 5- Conclusões. Referências bibliográficas.

1- Introdução

A Constituição Federal contempla como função institucional do Ministério Público a possibilidade de "expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva" (art. 129, VI). E conforme já decidiu o STJ[1], interpretando o artigo 26, I, "b", da Lei nº 8.625/93, para a expedição de tais requisições ou notificações a órgãos públicos (ou privados) não se exige prévia instauração de inquérito civil ou procedimento administrativo[2].

O referido dispositivo constitucional foi regulamentado no âmbito do Ministério Público da União através da Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993 (LOMPU), que no art. 8º., §4º dispõe que "as correspondências, notificações, requisições e intimações do Ministério Público quando tiverem como destinatário o Presidente da República, o Vice-Presidente da República, membro do Congresso Nacional, Ministro do Supremo Tribunal Federal, Ministro de Estado, Ministro de Tribunal Superior, Ministro do Tribunal de Contas da União ou chefe de missão diplomática de caráter permanente serão encaminhadas e levadas a efeito pelo Procurador-Geral da República ou outro órgão do Ministério Público a quem essa atribuição seja delegada, cabendo às autoridades mencionadas fixar data, hora e local em que puderem ser ouvidas, se for o caso".

No âmbito do Ministério Público dos Estados a norma constitucional foi regulada pelo §1º do art. 26 da Lei ordinária n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, onde dispõe que "as notificações e requisições previstas neste artigo, quando tiverem como destinatários o Governador do Estado, os membros do Poder Legislativo e os desembargadores, serão encaminhadas pelo Procurador-Geral de Justiça".

Os diversos MP's estaduais, através de suas Leis Orgânicas respectivas, ora repetem a fórmula prevista na lei federal, ora ampliam o rol de autoridades que devem receber requisições/notificações indiretas[3]. Embora essa

---

* Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Coimbra; Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Cândido Mendes/RJ; Promotor de Justiça do Amazonas; Autor dos livros: "O Ministério Público e um novo modelo de Estado", Manaus:Valer, 1999; "Tóxicos...", Campinas:Bookseller, 2001; "O perfil moral e intelectual do juiz brasileiro", Porto Alegre:Sergio Antonio Fabris, 2007; "Segurança pública e comunidade: alternativas à crise", Porto Alegre:Sergio Antonio Fabris, 2009.

[1] REsp 873.565/MG, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 05.06.2007, DJ 28.06.2007, p. 880. Também este é o entendimento que se encontra em Mazzilli, 1991, pp. 121-122.

[2] Embora esse aspecto não possa ser explorado neste artigo, é preciso, pelo menos, sublinhar sua importância, diante dos inúmeros desvirtuamentos que se verificam na prática (principalmente nas promotorias especializadas no controle externo da atividade policial).

[3] Estados que ampliam o rol de autoridades (e por conseqüência restringem ainda mais o poder de requisição ministerial): Amazonas (Governador do Estado, Secretário de Estado, Prefeito da Capital, membros do Poder Legislativo, do Judiciário e dos Tribunais de Contas - art. 4º, §4º, LC n. 11/93); Bahia (art. 73, §1º., LC n. 11/96), Minas Gerais (art. 67, §1º., LC n. 34/94), Santa Catarina (art. 83, §1º., LC n. 197/2000). Estados que reproduzem a lei federal sem ampliar o rol: Paraná (art. 58, §1º., LC n. 85/99), Pernambuco (art. 6º., §1º., LC n. 12/94). O Conselho Nacional de Justiça através da Resolução n. 35, de 23.03.2009, ampliou a requisição indireta para os conselheiros do CNJ e CNMP (art. 6º., §9º.).

ampliação suscite novas dúvidas[4], sua análise não se insere no centro de nossas preocupações, vez que a inconstitucionalidade radicular do mecanismo torna despicienda essa discussão adicional.

Por ser feita através do Procurador-Geral de Justiça ou da República designamos de **indireta** a esta requisição/notificação ou de **encaminhamento indireto**. Embora o ato seja unipessoal do órgão de execução e de sua competência exclusiva, é o Procurador-Geral que o encaminha (que lhe dá eficácia prática) e é ele quem recebe o resultado esperado (informações, documentos etc.). A grande dúvida que exsurge desses dispositivos regulamentadores (e restritivos) é saber sua natureza, alcance e consequências jurídicas.

2- A insustentabilidade lógico-jurídica da requisição/notificação indireta

Duas ordens de indagações sugerem os dispositivos acima: 1- quando a notificação ou requisição for para alguma das autoridades ali referidas, o ato será expedido pelo Promotor de Justiça e apenas burocraticamente (ou talvez diplomaticamente) encaminhado pelo Procurador-Geral de Justiça, como estafeta de luxo? 2- Ou o próprio ato notificatório ou requisitório será feito e encaminhado pelo Procurador-Geral de Justiça? As duas indagações levam a uma única conclusão: um completo absurdo[5]. A previsão legal da requisição indireta não apresenta qualquer justificativa teórica ou mesmo coerência com o sistema de princípios que regem a instituição do Ministério Público.

Efetivamente, não se consegue atinar com o motivo de se conferir, no exercício da função, um poder de requisição ou de notificação ao membro do Ministério Público, e não lhe conferir a possibilidade de encaminhar diretamente à autoridade ou agente público a quem se requisita ou notifica. Pode-se o mais, porém, não o menos (?). Como não há hierarquia funcional entre membros do Ministério Público e, portanto, inexiste controle hierárquico, não pode o Procurador-Geral, por exemplo, diante de requisição ou notificação verificar aspectos concernentes à legalidade e ao mérito de atos praticados por outros agentes, cassando-os, revogando-os, anulando-os ou indeferindo-os[6]. No máximo, diante de vícios substanciais ou formais, pode encaminhar cópia do ato requisitório ao órgão fiscalizador das atividades funcionais para adoção das providências legais.

Nesse aspecto, a Lei n. 8.625/93 (LONMP) representou um retrocesso em relação à pioneira lei orgânica nacional do Ministério Público Brasileiro, a Lei Complementar Federal n. 40, de 1981, onde no art. 15, inc. I, dispunha que dentre as atribuições dos membros do Ministério Público inseria-se a possibilidade de "promover diligências e requisitar documentos, certidões e informações de qualquer repartição pública ou órgão federal, estadual ou municipal, da administração direta ou indireta, ressalvadas as hipóteses legais de sigilo e de segurança nacional, **podendo dirigir-se diretamente a qualquer autoridade**".

O atual Código de Processo Penal, em norma plenamente vigente, dispõe que "se o Ministério Público julgar necessários maiores esclarecimentos e documentos complementares ou novos elementos de convicção, deverá requisitá-los, **diretamente,** de quaisquer autoridades ou funcionários que devam ou possam fornecê-los" (art. 47). O poder de requisição direta no processo criminal é aceito pacificamente na jurisprudência (RT 572/321; 573:363, 575:360; 575:396; 584:346, 604:356; RJTJSP 100:541).

Numa outra linha de raciocínio, mas que pensamos ser totalmente válida para os fins deste estudo, a Constituição Federal de 1988 assegura a todos o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder (art. 5º., inc. XXXIV, alínea "a"). Direito este que, diante do comando constitucional, não está preso a qualquer restrição, podendo o cidadão dirigir-se a todo agente público, desde o bedel até o presidente da República. Numa democracia, não há hierarquia entre o servidor público e o cidadão, assim como não deve existir restrições irrazoáveis no desiderato de controlar os desvios de poder. O cidadão, portanto, pode dirigir-se diretamente e solicitar, requerer ou pleitar o que de direito.

Vemos o desdobramento deste princípio constitucional no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei. 8.069/1990), onde no art. 124, II dispõe que: "São direitos do adolescente privado de liberdade, entre outros, os seguintes: - peticionar **diretamente** a qualquer autoridade".

Ora, se o cidadão pode peticionar diretamente a toda e qualquer autoridade, por que cargas d'águas o Ministério Público - através de seus agentes e no exercício de suas funções -, instituição encarregada de defender, em muitos casos, os direitos fundamentais dos cidadãos bem como o regime democrático, não pode requisitar ou notificar **diretamente o Governador do Estado, os membros do Poder Legislativo e os desembargadores,** em casos nos quais não está em xeque o foro privilegiado? Pior ainda, por que em pleno regime ditatorial (tempo em que vigia

---

[4] Dada a competência concorrente da União e dos Estados para estabelecer a "organização e o estatuto de cada Ministério Público" (art. 128, §5º, CF), incumbe à União estabelecer normas gerais (art. 24, §1º), de que resultou na LONMP. O Estado-membro no âmbito de competência concorrente pode alargar a norma geral, não restringi-la (art. 24, §4º). Ou seja, o poder de requisição já limitado pelo disposto no art. 26, §1º. da LONMP, não pode sofrer restrição com a ampliação do rol de autoridades beneficiadas com a requisição indireta. Esta é mais uma nódoa de inconstitucionalidade que paira sobre diversas leis orgânicas estaduais, inclusive a amazonense.

[5] Dizem, com razão, que a pergunta já nos oferece metade da resposta. Quando a indagação, com base na matéria disponível, é vazia de sentido, a resposta compartilha de sua natureza.

[6] O poder hierárquico, no dizer de Meirelles (2008, p. 123), tem por objetivo *ordenar, coordenar, controlar* e *corrigir* as atividades administrativas, no âmbito interno da Administração Pública.

a Lei Complementar n. 40/1981) qualquer membro do MP podia dirigir-se diretamente a qualquer autoridade e hoje, alcançada relativa maturidade democrática, tal poder é restrito? Há alguma hierarquia entre essas autoridades e o membro do Ministério Público? Não. Sequer há hierarquia funcional entre qualquer agente ministerial e o Procurador-Geral de Justiça (Rodrigues, 1999, p. 71). Nada há, portanto, que justifique do ponto de vista jurídico, esta bizarra requisição/notificação com entrega indireta. Terá se preocupado o legislador ordinário em não atingir pruridos de vaidade de alguns agentes públicos com atribuições diferenciadas? Se assim for, o mecanismo escolhido foi o menos recomendável possível. Caridade, diplomacia ou etiqueta se faz nos salões e em outras sítios adequados, não no recinto sacrossanto das leis e nem em completo arrepio à letra e ao espírito constitucionais.

Também não se justifica a requisição/notificação indireta por alegado foro privilegiado, pois esta exceção só deve ser observada quando a autoridade com prerrogativa de foro é o objeto da investigação e não quando apenas se presta a fornecer informações na qualidade de servidor público com atribuições para tanto. Admitir o privilégio de foro como justificativa para a requisição indireta, por intermédio do chefe administrativo do Ministério Público, é estender essa prerrogativa para um âmbito que refoge às origens históricas e jurídicas do instituto, desvirtuando-o completamente (o benefício se voltaria para a pessoa e não para a função). Ademais, a prerrogativa de foro, pelo privilégio que de certa forma confere, não deve ser interpretada ampliativamente[7].

O encaminhamento de requisição ou notificação através do Procurador-Geral de Justiça (ou da República), como manda a lei, é mera formalidade burocrática, porquanto sua expedição e sua força obrigatória provêm do agente requisitante/notificante. Sua inobservância, portanto, não acarreta qualquer falta disciplinar. É juridicamente irrelevante ou configura, no máximo, mera irregularidade.

3- Violação da independência funcional (art. 127, §1º, da CF)

O ato de requisição ou notificação é de livre atribuição (com fundamento na independência funcional) do agente ministerial respectivo, no exercício de suas funções legais. É um ato unilateral. Nem complexo, nem composto[8]. Daí não exige para sua perfeição, a manifestação ou intervenção de outro órgão, seja deferindo, aprovando ou homologando. Se a "intervenção" do PGJ é desnecessária para a higidez jurídica do ato – pois já perfeito e acabado com a manifestação anterior -, o encaminhamento direto sem a intermediação burocrática deste órgão superior, não gera nenhum efeito do ponto de vista jurídico-disciplinar[9]. O comando legal assume, portanto, o caráter de uma mera recomendação, não gerando por sua própria natureza, quando não atendido, qualquer efeito ao agente que o desatendeu.

Se não incide a teoria dos atos compostos (ou complexos), se não há hierarquia funcional entre qualquer agente do Ministério Público e a chefia administrativa (Carneiro, 1995, p. 46; Silva, 2001, p. 130), escasseiam razões lógicas para tornar obrigatória a observância dos bizarros dispositivos legais em apreciação. É, como dissemos acima, uma mera recomendação legal, da mesma natureza daqueles dispositivos cuja inobservância não gera qualquer punição ou efeito drástico e de que nosso ordenamento jurídico está recheado[10].

A feição jurídica dos agentes do Ministério Público não se inclui no conceito de funcionários, em que prevalece a idéia de disciplina e graduação hierárquica. Estes agentes públicos não têm superiores hierárquicos nem o exercício de suas funções se vincula a regras de controle hierárquico (Meirelles, 2008, p. 71; Sauwen Filho, 1999, p. 212)[11]. O poder regulador da sua atividade jurídica é a Constituição e fora da subordinação à lei – elaborada em consonância com a Constituição - eles não encontram contrastes no desempenho de suas atribuições.

O Ministério Público é um órgão constitucional independente e seus membros estão classificados na categoria de agentes políticos, investidos que são de cargos próprios para o exercício de atribuições fixadas em lei, não vinculados ao Estatuto dos Funcionários Públicos em geral, com prerrogativas e responsabilidades próprias. Assim, não se pode transplantar princípios administrativos próprios de determinados órgãos, como o controle hierárquico e funcional (que claramente vislumbra-se na requisição indireta) para órgãos de natureza distinta e especial como o Ministério Público (Carneiro, 1995, p. 47).

Se considerarmos que a independência funcional é um princípio com berço constitucional (art. 127, §1º, da CF) e que as leis reguladoras sobre a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público não podem criar restrições a este princípio que não estejam previstas ou autorizadas no texto constitucional, resulta evidente

---

[7] **STF, Inq-QO 687 / SP - São Paulo, Min. Sydney Sanches, j. 25/08/1999, publ.** DJ 09-11-2001 p. 44, RTJ Vol. 00179-03, p. 912.

[8] Sobre a distinção entre ato administrativo complexo e composto, *vide* Alexandrino/Paulo, 2008, pp. 427-428.

[9] A perfeição e o acabamento do ato é de única e inteira responsabilidade do agente requisitante/notificante e a falta de "intervenção" da chefia administrativa – pelo ato de encaminhamento – não invalida o ato originário, nem torna-o ineficaz para os fins visados.

[10] Exemplo de uma norma meramente recomendatória é a Resolução 345/2005 da Anvisa (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) a respeito de substâncias inalantes. No art. 1º, § 2º., dispõe que "as empresas que produzem colas, 'thinner', adesivos e corretivos, **envidarão os seus melhores esforços** no sentido de identificar métodos e processos que possibilitem a substituição gradativa das substâncias inalantes e depressoras da atividade do sistema nervoso central (SNC) que os compõem".

[11] Não podemos confundir poder hierárquico com poder disciplinar (este incide sobre o membro do Ministério Público no exercício da função).

a inconstitucionalidade da requisição/notificação indireta. A Carta de Curitiba (1986) que serviu de modelo ao constituinte de 1988, expressamente previa que "salvo restrições previstas nesta Constituição, os membros do Ministério Público gozarão das seguintes garantias: I- independência funcional" (art. 5º.).

Por outro lado, nada justifica que, por amor de considerações políticas de conteúdo impreciso ou sob falsos pretextos, se retire ao agente competente a faculdade de atribuir ao seu ato a amplitude (em termos de prazo, por exemplo) mais conveniente para atender aos reclamos funcionais de seu mister, afastando sua independência e diminuindo suas funções.

O ato de encaminhamento é uma espécie de "subscrição" pelo Procurador-Geral da requisição ou notificação; uma forma espúria, indireta e inconstitucional de controle hierárquico. Uma superfetação inútil e desnecessária, e por isso mesmo inconveniente.

4- Violação do art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal

Qual o prejuízo produzido pela requisição/notificação indireta, dependente de encaminhamento posterior do Procurador-Geral? Como o Procurador-Geral não tem um prazo legal (veja-se que a lei não fixa prazo[12]) para deferir o requerimento de encaminhamento, e tampouco um prazo para o próprio ato de encaminhamento, resulta que, muitas vezes, o ato de requisição ou notificação demora a ser enviado, prejudicando o andamento do procedimento administrativo a cargo do agente requisitante.

E por este aspecto, a requisição/notificação indireta fere frontalmente o inciso LXXVIII do art. 5º. da Constituição Federal (inserido através da Emenda Constitucional nº 45, de 08/12/2004) que assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, "a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação". É o princípio da brevidade processual erigido como garantia fundamental do cidadão.

A própria Lei Orgânica Nacional do Ministério Público de 1993, antecipando-se à Emenda Constitucional n. 45, de 2004, adota o princípio da celeridade procedimental, dispondo que no exercício de suas atribuições cabe ao Ministério Público "zelar pela celeridade e racionalização dos procedimentos administrativos" (art. 27, §único, inc. II).

O dispositivo constitucional (inc. LXXVIII, do art. 5º) fala em "razoável duração" e em "celeridade de sua tramitação". É a celeridade da tramitação que alcança a duração razoável, ou seja, a duração necessária à conclusão do processo, sem prejuízo do direito das partes e terceiros de deduzirem as suas pretensões, mas sem delongas que retardem a prestação jurisdicional ou administrativa postulada. A celeridade da tramitação traduz-se na presteza da prática de cada ato do processo, porquanto a demora na prática de um deles repercute, negativamente, no conjunto, como acontece com a retenção de um trem num dos pontos de parada do seu percurso. Atos praticados celeremente asseguram a duração razoável, senão rápida do processo, o qual outra coisa não é, desde a etimologia, que um conjunto de atos que se sucedem para a consecução de determinado fim (Bermudes, 2005; Paulo/Alexandrino, 2008, p. 186).

O direito de amplo acesso à justiça já não se restringe aos limites do mero ingresso nos tribunais, mas prende-se ao sentido moderno de acessibilidade a uma ordem jurídica justa ou a uma justiça substancial (Watanabe, 1988, p. 128). Não tem acesso à justiça aquele que sequer consegue fazer-se ouvir em juízo, como também todos os que, pelas mazelas do processo, recebem uma justiça tardia ou alguma injustiça de qualquer ordem (Dinamarco, 1995, p. 48). A duração razoável do processo, tanto no âmbito judicial quanto administrativo, por essa perspectiva se insere como um elemento básico para que o cidadão tenha acesso à justiça.

O cidadão que tem atos de sua vida civil ou funcional investigados em procedimentos administrativos a cargo do Ministério Público tem o direito fundamental de que tais procedimentos tramitem dentro de um "prazo razoável". Por outro lado, a sociedade nutre igual expectativa. E por "prazo razoável" entende-se aquele gasto apenas com atos que sejam constitucionalmente necessários para atingir os objetivos intrínsecos. Certamente, dentro desse prazo razoável não se inserem os atos meramente protelatórios, burocráticos, impertinentes ou desnecessários[13]. Nesta última categoria aparece, com sobejas razões, a requisição indireta quando obrigadas a prestar informações certas autoridades.

Os órgãos de execução do Ministério Público por exercerem funções de iniciativa e ação reclamam, por razões de celeridade, uma atuação unipessoal, diante da evidência de que os órgãos colegiados estão sujeitos a um

---

[12] Exceção a este parâmetro existe na Lei Orgânica do Ministério Público de Santa Catarina que fixa um prazo para o encaminhamento: "As notificações e requisições previstas neste artigo, quando tiverem por destinatários o Governador do Estado, os membros da Assembléia Legislativa, os Desembargadores ou os Conselheiros do Tribunal de Contas, serão encaminhadas e levadas a efeito pelo Procurador-Geral de Justiça, dentro do prazo de dez dias úteis, contado do recebimento da solicitação, cabendo às autoridades mencionadas fixar data, hora e local em que puderem ser ouvidas, se for o caso" (art. 83, § 7°). Dentro do inquérito civil ou procedimento preparatório, a resolução n. 35, de 23.03.2009, do CNJ, fixa um prazo de 10 (dez) dias para o PGJ encaminhar o ofício requisitório, sem poder valorar o conteúdo, embora possa deixar de encaminhar se a requisição não contiver os requisitos legais ou não empregar o tratamento protocolar devido ao destinatário (art. 6º., §10).

[13] Como diz Perelman (2002, p. 463): É impossível fornecer, de uma vez por todas, o critério do razoável. Como todas as idéias vagas, esta será mais facilmente reconhecida de uma forma negativa: o acordo sobre o desarrazoado permite, por exclusão, aproximar-se do razoável.

processo mais moroso de formação de vontade. A requisição/notificação indireta dependente do encaminhamento posterior pelo chefe da instituição para desencadear seus efeitos jurídicos vinculantes acaba transformando uma ação unipessoal num bizarro ato composto dependente de outro ato que o torne eficaz (o ato de encaminhamento), burocratizando e retardando o procedimento administrativo a cargo do órgão de execução requisitante.

Suponhamos que o agente ministerial requisitante encaminhe solicitação (ou requerimento) ao Procurador-Geral para que encaminhe ao Governador do Estado determinada requisição de informações. Diante de um requerimento, abre-se ao Procurador-Geral duas possibilidades: deferir ou indeferir[14]. Digamos que no caso concreto, o Chefe do *Parquet* indefira o pedido de encaminhamento. *Quid juris*? Bem, neste caso, além de ocorrer uma violação ainda mais flagrante à Constituição (art. 5º., inc. LXXVIII e art. 127, §1º.), o agente requisitante pode impetrar mandado de segurança para garantir uma prerrogativa institucional. Mesmo diante de um atraso injustificado no encaminhamento, é possível ao agente requisitante impetrar mandado de segurança contra o Procurador-Geral de Justiça, sem prejuízo de eventual representação por falta disciplinar.

5- Conclusões

I- A requisição/notificação indireta é flagrantemente inconstitucional, por violar a independência funcional dos membros do Ministério Público (art. 127, §1º, CF) e o direito fundamental do cidadão a prazo razoável para a duração do procedimento administrativo (art. 5º., inc. LXXVIII, CF);

II- A perfeição e o acabamento do ato requisitório ou notificatório é de única e inteira responsabilidade do agente requisitante/notificante (por inserir-se dentro de suas atribuições **funcionais,** ou seja, refere-se à atividade-fim da instituição) e a falta de "intervenção" da chefia administrativa – pelo ato de encaminhamento (ato de perfil nitidamente administrativo) – não invalida o ato originário, nem torna-o ineficaz para os fins visados. Além disso, não há hierarquia funcional entre membros do Ministério Público nem controle hierárquico. Portanto, a inobservância da norma por parte do agente ministerial requisitante ou notificante (encaminhamento via Procurador-Geral) não gera qualquer nulidade ou falta disciplinar, mas simples irregularidade sem maiores conseqüências no plano eficacial ou disciplinar.

III- A norma, embora desnecessária (do ponto de vista administrativo) e inconstitucional, se for aceita e observada (visto que plenamente vigente), em prol do andamento regular dos procedimentos, o seu objeto (notificação ou requisição) deve ser encaminhado pelo Procurador-Geral de Justiça dentro de uma prazo estrito e improrrogável, previsto em lei ou em ato regulamentar. A não observância do prazo pelo Procurador-Geral de Justiça implicaria em falta disciplinar, e eventualmente, em crime.

Referências bibliográficas

ALEXANDRINO, Marcelo.; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado.* São Paulo:Método, 16ª. ed., 2008.

BERMUDES, Sérgio. "A Reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional nº 45". Forense Digital, 2005.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público no processo civil e penal.* Rio de Janeiro:Forense, 5ª. ed., 1995.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil.* São Paulo:Malheiros, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini.; *et al. Participação e Processo.* São Paulo:Revista dos Tribunais, 1988.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Manual do promotor de justiça.* São Paulo:Saraiva, 2ª. ed., 1991.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro.* São Paulo:Malheiros, 34ª. ed., 2008.

PAULO, Vicente.; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado.* São Paulo:Método, 3ª. ed., 2008.

PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito.* Tradução de Maria Ermantina Galvão, São Paulo:Martins Fontes, 2002.

RODRIGUES, João Gaspar. *O Ministério Público e um novo modelo de Estado.* Manaus:Valer, 1999.

SAUWEN FILHO, João Francisco. *Ministério Público Brasileiro e o Estado Democrático de Direito.* Rio de Janeiro:Renovar, 1999.

SILVA, Cátia Aida. "Promotores de Justiça e novas formas de atuação em defesa de interesses sociais e coletivos". São Paulo:Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 16, n. 45, 2001, pp. 127-144.

WATANABE, Kazuo. "Acesso à Justiça e Sociedade Moderna". Em: Ada Pellegrini Grinover *et al., Participação e Processo*, São Paulo:Revista dos Tribunais, 1988.

[14] Obviamente que esta suposição é apenas para efeito de argumentação e para enfatizar o absurdo jurídico da requisição com encaminhamento indireto, pois, de fato, não se abre ao Procurador-Geral qualquer possibilidade de controle hierárquico sobre um ato funcional de membro do Ministério Público.

107

DA NECESSIDADE DE REVISÃO DOS PROCESSOS DE SELEÇÃO, VITALICIAMENTO E APERFEIÇOAMENTO DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO[1]

Samia Saad Gallotti Bonavides[2]

Procuradora de Justiça/PR

Justificativa

Compreender a missão e o papel desempenhados pelos agentes do Ministério Público auxilia no entendimento de como deve ser o processo de seleção mais adequado, e, na seqüência como deve ser orientada a complementação do conhecimento, tanto em sede de preparação para o ingresso nas funções como para o vitaliciamento e a capacitação contínua, eis que é sempre importante aperfeiçoar a capacidade de análise crítica, a qual não é objeto do aprendizado formal, bem como treinar habilidades para a criação de soluções novas, fazendo transposições e adaptações de conceitos adquiridos a novos campos do saber. No campo da formação deve-se ir além da exigência apenas de conhecimento técnico, sendo primordial o conteúdo humanístico, que associa interesse pela filosofia, pela sociologia, pela antropologia, a cultura e artes de modo geral, bem como a ênfase às técnicas conversacionais, que facilitem a composição de conflitos de forma menos adversarial. Todas estas questões são atinentes à percepção de que o Direito não pode ser estático, nem dogmático, e que para a realização da Justiça deve existir um comprometimento ideológico com as questões sociais mais urgentes, características estas bastante vinculadas à condição do membro do Ministério Público: um agente político.

Introdução

Em razão de conceber o mundo e a estrutura social, sob a noção newtoniana-cartesiana, que significa o conhecimento fragmentado, por partes do fenômeno isoladamente. É o paradigma, aliás, vigente e que se vê instalado no campo da produção do conhecimento (ciência) e de sua reprodução (ensino).

Assim é que se age também nas questões sociais mais difíceis, o que não auxilia na superação de muitas dificuldades, por isso que, uma visão mais ampla, tem maior possibilidade de abertura e entendimento, e também nessa perspectiva de uma ótica mais integral, talvez seja mais viável imaginar um Ministério Público que produza intervenção mais efetiva no meio social.

No parâmetro mecanicista, o universo pode ser comparado a um relógio, só sendo possível reconhecer e validar relações lineares de causa-efeito, as quais rebaixam características humanas, transformando-as em reações mecânicas e próprias de uma máquina. Isso ocorre pelo natural afastamento do homem em relação ao meio, eis que não se considera parte integrada e indissociável dele. Antes esta concepção era inerente natureza humana primitiva, e hoje o homem se coloca na condição de ser supremo, que domina e atua sobre a natureza.

A visão reducionista é absolutamente ineficaz na eliminação dos problemas sociais para este estágio da civilização, e a cultura de fragmentação é insuficiente para interpretar o mundo e solucionar conflitos interpessoais, eis que dificulta a compreensão das causas e dos efeitos, bem como a própria solução para todas as questões de forma mais coerente com a realidade.

---

[1] Área do tema: Institucional.

[2] Procuradora de Justiça, Coordenadora do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado do Paraná. Endereço: Rua Mal. Hermes, 351, Curitiba-PR, CEP 80 530230, telefones (41) 3250 4304 e 3209 2092, email samia@mp.pr.gov.br.

As conexões são mais complicadas quando se analisa por especialidades e técnicas que não privilegiam a comunicação entre os fatos no meio social, no qual poucas são as circunstâncias em que não existe uma associação de fatores variados, o que leva a concluir que muito pode ser resolvido pelas interrelações e pelo conhecimento interdisciplinar, confluindo-se mais de um saber e diferentes áreas.

O paradigma emergente é o da concepção sistêmica do universo, o que não é recente, e que conta com exemplos da antiguidade, como a filosofia Taoísta, originária da China, e as reflexões propostas pelo filósofo grego Hipócrates. Já no século XX esta concepção ganhou novo impulso com a teoria geral dos sistemas de Von Bertallanffy, entre outros que cuidaram do tema, para que hoje se observe a transição paradigmática de forma gradual.

Como em nossa realidade humana há efetivamente multidimensões comunicantes, a biológica, a psíquica, a social, a afetiva e a racional, entre outras que perfazem nossa plenitude, a atuação pessoal e profissional se vê mais completa quanto maior for o domínio de várias disciplinas, em diferentes áreas do saber, as quais são bastante amplas.

Não é possível aprofundar o conhecimento de partes, de especialidades, de tópicos específicos, enquanto para trás se deixa a compreensão do todo. O domínio das bases de algumas ciências como a sociologia, a filosofia, com especial relevante para a ética das relações interpessoais e com o ambiente (bem comum), passou a ser impositivo para quem precisa e quer entender os processos que implicam na modificação da realidade.

As perguntas que devem ser feitas num momento como este a quem está atuando, e àqueles que estão envolvidos na tarefa de escolha de um novo membro do Ministério Público, como também para os que estão traçando os direcionamentos pedagógicos nas Escolas ligadas à Instituição e seus Centros de Estudos e Aperfeiçoamento funcional, são a respeito de como chegar às qualidades pessoais e profissionais necessárias, para que os integrantes reflitam um modelo possível de Ministério Público, o qual transite efetivamente pelo universo real, procedendo a um diálogo eficaz com a sociedade e com o sistema de justiça, de forma a realizar o que se espera dele.

Capítulo I - A Instituição e sua identificação

Dificilmente hoje há elementos para responder o que é o Ministério Público, para além de sua definição constitucional, e o que realmente pensam e querem seus membros. Os que atuam exclusivamente no cível têm uma visão, os que atuam no processo criminal, outra, enquanto os que acumulam funções em Comarcas menores possuem visão bem diferente, muitas vezes.

Ocorre que houve mais de uma mudança paradigmática em relação à Instituição[3]: o primeiro paradigma vigorou até a entrada em vigor da Lei da Ação Civil Pública (1985), que foi se firmando até sua consolidação no texto da Constituição Federal de 1988, cuja concepção se deu para além da imagem do acusador, daquele que persegue punições no campo criminal. Esse Ministério Público de 1988 seria o que age em favor dos direitos coletivos e difusos, também, tendo atuação mais efetiva em relação aos direitos sociais e passando a ser conhecido pela denominação *Ministério Público Social*[4].

De acordo com a visão de Gilberto GIACOIA[5], "é o atual texto que lhe dá o relevo de instituição estatal permanente e essencial, retirando-o das sombras que o encobriam no telhado ditatorial e das contradições de um processo de estruturação manipulado, na essência, pelos objetivos meramente aparentes do sistema penal".

Continua para dizer que, "ao ganhar autonomia funcional e singular *status* institucional, em sintonia com o mundo democrático..., adquiriu posição lhe permite o desempenho eficaz da função de controle dos demais poderes, especialmente de Executivos hipertrofiados".

E, ainda, também na mesma página já sinalizada na nota de roda-pé, diz que o Ministério Público

> Transpôs a representação daquela teatralidade cênica em contraposição à tragédia experimentada pela sociedade brasileira e, assim, passou a ser conduto de cidadania, voz de afirmação do Estado Democrático de Direito, preocupado, agora, em levar ao Judiciário uma interpretação da lei de cunho muito mais social que formal, quando, independente, tornou-se apto a atuar decisivamente para fazer prevalecer o *governo das leis* sobre o *governo dos homens*.

---

[3] Ver a respeito da evolução histórica da Instituição *in* GARCIA, Emerson, Ministério Público, Organização, Atribuições e Regime Jurídico, Editora Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 2008, pp. 28 a 43.

[4] É devida a Roberto Lyra a expressão *Ministério Público Social*, razão pela qual surgiu antes mesmo da Constituição Federal de 1988, ocorrendo apenas que esta foi a que traçou o perfil da nova Instituição, já sonhada desde muito antes por alguns, e em especial por este que é citado como o príncipe dos promotores de justiça.

[5] GIACOIA, Gilberto, Ministério Público Vocacional, *in Justitia,* Revista do Ministério Público do Estado de São Paulo, nº 64 (197), jul-dez 2007, p. 282.

Ocorre que este Ministério Público, com grande carga de atribuições, foi evoluindo sem fazer as necessárias reflexões e sem juntar o seu todo inseparável, sendo raciocinado por partes distintas, tratadas de *per si* como igualmente importantes e indissociáveis da imagem integral dele, o que gerou uma crise de identidade, sem precedentes históricos, de forma que não é correto pensar que o que é melhor no Ministério Público é sua atuação de *custos legis*, ou a de acusador criminal, ou de autor de ações civis públicas nas suas áreas especiais, as situações coexistem, mas devem ser fruto constante de reflexões.

A existência da missão constitucional de grandeza inegável, com legitimidade concorrente para atuar em muitas áreas de interesse social, fez com que esse *processo de interesse social* sucumbisse ao efeito carona (*free riding*) dos indivíduos em relação a ele, que, em sendo defensor do regime democrático, deve também primar pelo *princípio da participação democrática,* e assim estimular e provocar a parcela de responsabilidade de todos os envolvidos na resolução dos problemas estruturais da sociedade, e, portanto, também na solução dos problemas sociais, na realização das políticas públicas, entre outras coisas, atuando apenas como coadjuvante.

Isso porque, ao Ministério Público esta situação de ator principal acabou por acarretar sobrecarga de funções, extrema visibilidade pública, e muita dúvida sobre os resultados de sua intervenção, razão porque foram verificadas também, então, conseqüências nefastas e negativas, além da natural dificuldade de atuação eficaz diante da vasta gama de atribuições.

No que tange à forma de solucionar os conflitos, impera o raciocínio eminentemente processual, o que significa dizer da exigência do diálogo em juízo, da solução jurisdicional.

Os motivos são inúmeros, primeiro é algo ínsito à formação jurídica tradicional, depois porque é uma saída bem apropriada para situações de assoberbada carga de trabalho. Com a existência de inúmeros modelos de peças processuais que podem ser transpostos, e como os procedimentos têm prazo para início, tramitação e término, isso resulta em melhor racionalização do tempo, no aguardo da solução jurisdicional. As vias alternativas a este caminho exigem bom preparo técnico e maior tempo para conduzir a negociação entre as partes.

De outro lado, nem sempre se pode suprimir a visão processual, existindo casos de indispensabilidade do processo. Entretanto, deve-ser refletir mais sobre a necessidade de contribuir para a superação de um modelo processual rígido substituindo-o por um diálogo amplo, policêntrico e complexo, norteador do novo sistema processual que se deseja instalar no Brasil, a exemplo do que tem ocorrido no mundo, o que vem salientado por LUCON e GABBAY, a respeito de aspectos sobre o que se espera de uma nova atuação do juiz:

> A criatividade interpretativa opõe-se ao formalismo, que tende a acentuar o elemento da lógica pura e mecânica no processo jurisdicional ignorando ou encobrindo o elemento voluntarístico, da escolha, que significa valoração e balanceamento de valores pelo juiz, que deve assumir responsabilidade pela sua decisão sem que se confundam os processos jurisdicional e legislativo, que possuem diferentes racionalidades e estruturas procedimentais.[6]

Isso significa que não há mais espaço para a concepção chiovendiana acerca da jurisdição, da declaração da vontade concreta da lei, porque superada pela lógica de uma nova postura do juiz estruturalista preocupado com as conseqüências endo e extraprocessuais de suas decisões, exercendo verdadeiras *escolhas políticas*, como bem aponta MANCUSO, quando decide sobre, por exemplo, direitos ou interesses difusos, uma vez que aí se verifica intensa conflituosidade interna, contingencialidade, temporariedade e fluidez:

> O que se dessume desse entrechoque de *massas de interesses* é que os conflitos daí resultantes não guardam as características dos conflitos tradicionalmente concebidos na fórmula "Tício *versus* Caio", nem tampouco se reduzem aos conflitos que contrapõem interesses coletivos já organizados e bem delineados, como os dissídios trabalhistas, mas, ao contrário, apresentam contornos diversos: não se trata de controvérsias envolvendo situações jurídicas definidas (por exemplo, A se julga credor de B, que resiste à pretensão), mas de litígios que têm por causa remota verdadeiras *escolhas políticas*. Ora, neste campo, as alternativas são ilimitadas, porque o favorecimento da posição "A" melindrará os interesses da posição "B".[7]

Não é só o agente ministerial que tem que superar uma tendência cultural de repetição, sendo impelido ainda mais pela vontade de se desincumbir das atribuições, isso também ocorre em relação ao magistrado, que, muitas vezes impelido pelas mesmas dificuldades, limita-se à realização de tarefas mecânicas de subsunção. Portanto, o

---

[6] LUCON, Paulo Henrique dos Santos; GABBAY, Daniela Monteiro. *Superação do modelo processual rígido pelo Anteprojeto do Código de Processos Coletivos, à luz da atividade gerencial do juiz.* In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos.* 1ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.89.

[7] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: Conceito e Legitimação para Agir. 6ed.* rev.ampl.atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.103.

que é necessário para uma solução transformadora é o devir de agentes atentos às vicissitudes sociais, econômicas e políticas, comprometido com sua efetiva atuação.

A tarefa não é fácil, pois para além de implicar em assumir novas posturas e tendências, o que é naturalmente difícil, há ainda uma carência de treinamento para habilidades mais específicas que fujam do padrão técnico jurídico tradicional. Na maior parte das vezes, este envolvimento com questões mais amplas, que requerem reflexões diferenciadas e aprofundadas, é mais facilmente rejeitado, o que vem obstar o avanço rápido e funcional das mudanças legislativas, razão pela qual institutos tendem a se transformar mera letra da lei pelo desuso decorrente do conservadorismo.

Entretanto, é importante notar que o paradigma do Ministério Público Social, em relação à Instituição como um todo não chegou a se realizar plenamente, porque parte dos agentes em atividade ainda se viam vinculados ao paradigma anterior, sem reforço sistematizado e abrangente das bases científicas desse outro Ministério Público.

Mas mesmo este paradigma da Constituição Federal de 1988, mostra sinais de saturação, por razões as mais diversas e que implicam o reconhecimento de que não houve envolvimento do sistema de justiça como um todo para a sensibilização de seus integrantes, e o próprio Ministério Público não cuidou de disseminá-lo de maneira efetiva para todas as gerações de membros que o recepcionaram em atividade.

A própria seleção de novos membros continuou a ser feita sem uma preocupação mais específica com o fato de que era de se exigir um preparo maior para o campo das ações coletivas e dos interesses coletivos e difusos.

Também não houve uma necessária integração com as instituições de ensino[8], com programas de pós-graduação, o que implicaria um estudo conjunto dos programas de curso e das pesquisas em torno da evolução do Direito neste campo que é de estrita correlação com as novas funções ministeriais.

Na seqüência da ordem natural de evolução dos fatos sociais e do Direito, o panorama do final do século passado e do início deste século mostrou-se de grande complexidade, com a profusão de conflitos e a necessidade de um enfrentamento que não exigisse apenas o caminho da solução jurisdicional, muito embora também os órgãos jurisdicionais se tenham tornado mais ativos e envolvidos nas questões que antes ficaram restritas à sua apreciação imparcial. Passou-se então a pensar em novas fórmulas para solucionar conflitos, quer atuando em prol de sua prevenção, quer com maior preocupação e utilização da vias alternativas para sua resolução: conciliação, composição, mediação, arbitragem.

Cunhou-se a expressão Ministério Público Resolutivo, para exprimir aquela atuação que tinha menor preocupação com a demanda judicial, privilegiando os modos de composição pacífica, com ou sem a intervenção de um terceiro, sem adversarismo, o que implica menor dispêndio de energia, a qual deve ser canalizada para situações mais construtivas e transformadoras do meio social.

Portanto, se está em vias de consolidar novo paradigma institucional, sem o anterior não se tenha concluído como projeto acabado, e sem terem sido contabilizados os frutos e os rendimentos sociais, o que é fonte de grande preocupação quando se pretende traçar os rumos futuros da Instituição, ou seja, seu plano de ação para o futuro.

Capítulo II - Os caminhos que podem ser trilhados: a) seleção de candidatos; b) preparação para o ingresso; c) curso de vitaliciamento; d) capacitação de membro, cursos de atualização e aperfeiçoamento

Muitos já se dedicaram a analisar as questões aqui tratadas, em tempos diversos da evolução institucional, há, por exemplo, no artigo já citado, de Hugo Nigro MAZZILLI[9], que é de 1992, mas que enfoca dificuldades que existiam e que ainda existem na seleção, no ingresso, no vitaliciamento e na própria necessidade de manter os conhecimentos atualizados ao longo da carreira, pela capacitação contínua dos membros.

Portanto, aqui, para objetivar a proposta deste trabalho, serão feitos comentários sobre as urgências que existem relativas à temática enfocada.

a) seleção de candidatos:

No que tange ao ingresso, é importante notar que o Conselho Nacional do Ministério Público preocupou-se em regulamentar um procedimento que servisse de base e padrão para o Ministério Público brasileiro, é a Resolução nº 14 de 6 de novembro de 2006, alterada pelas Resolução nº 24, de 03 de dezembro de 2007.

É de ser destacado o art. 16, no sentido de que *o concurso constará de provas escritas, oral e de títulos.* Consoante o §1º, *as provas versarão exclusivamente sobre matérias jurídicas detalhadas no programa, facultando-se a aplicação de prova de conhecimento de língua portuguesa.* (dispositivo já com alteração da Resolução nº 24 acima referida).

---

[8] Ver a respeito das falhas existentes na formação acadêmica o que anota MAZZILLI, Hugo Nigro, no artigo A formação profissional e as funções do promotor de justiça, na *Revista dos Tribunais,* 686/284, dez. 1992, São Paulo.

[9] MAZZILLI, Hugo Nigro, no artigo A formação profissional e as funções do promotor de justiça, na *Revista dos Tribunais,* 686/284, dez. 1992, São Paulo, cf. também a obra do mesmo autor, *Regime jurídico do Ministério Público.*

No art. 17 da mesma Resolução, inserido na parte que trata *Das Provas Preambular e Discursivas,* consta o seguinte:

> **Art. 17**. As provas escritas serão desdobradas em duas etapas, a saber:
> I - prova preambular, de múltipla escolha, constando de questões objetivas, de pronta resposta e apuração padronizada, em número estabelecido pelo edital, com a finalidade de selecionar os candidatos a serem admitidos às provas previstas no inciso II deste artigo.
> § 1º. A prova preambular não poderá ser formulada com base em entendimentos doutrinários divergentes ou jurisprudência não consolidada dos tribunais. As opções consideradas corretas deverão ter embasamento na legislação, em súmulas ou jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores.
> § 2º. Na prova preambular, não será permitida a consulta à legislação, súmulas e jurisprudência dos Tribunais, anotações ou quaisquer outros comentários.
> II – Prova ou provas discursivas, de respostas fundamentadas, na forma que o edital estabelecer.

Resta claro, diante disso que houve uma preocupação muito perfilada com a moralidade dos concursos, o resguardo da impessoalidade, a preservação da igualdade, mas não houve a correspondente reflexão sobre as características de quem está sendo selecionado, que espécie de operador do Direito e de pessoa está sendo integrada à Instituição. O comprometimento se dá apenas no aspecto técnico, sem preocupações sociais, ao menos que possam ser dimensionadas pelas idéias veiculadas pelo candidato, a revelar ou não sua formação humanística e os valores que preponderem em seus padrões de escolha na vida e também no momento da atuação como agente político.

Para acolher um profissional que tenha qualidades humanas mais profundas, não se pode afastar a perquirição acerca de suas idéias no campo filosófico, sociológico, antropológico e cultural, dentre outros particulares aspectos que necessitam de melhor maturação. Existe um mínimo fundamental que faz do profissional não só um advogado, um médico, um promotor de Justiça, mas faz dele, primordialmente, um ser humano com condições técnicas de atuar nessa ou naquela área de conhecimento.

Sabe-se bem o que aconteceu com a medicina quando se afastou de um padrão mínimo de preocupações éticas e humanitárias, fez emergir uma medicina mercantilista, que assusta aos próprios profissionais mais conscientes, e que faz acender a luz de alerta para serem realinhados os programas de curso, sob pena de um médico perder totalmente o contato com o paciente na sua dimensão de ser humano.

Consoante as palavras de Fábio Konder COMPARATO[10], referindo-se a Kant, que, como assinalou este filósofo, "todo homem tem *dignidade* e não um *preço*, como as coisas. A humanidade como espécie, e cada ser humano em sua individualidade, é propriamente insubstituível; não tem equivalente, não pode ser trocado por coisa alguma".

A preocupação com a seleção de agentes políticos tem que ser ainda mais acurada, com maior grau de comprometimento, sendo hora de discutir se o art.16 veda que se avance para incursionar em matérias correlatas às jurídicas, mas que fazem parte da formação do jurista, quer no campo das ciências humanas e das ciências sociais aplicadas. Porque o jurista tem obrigação de correlacionar temáticas de forma interdisciplinar para que reúna condições de melhor interação com a realidade social.

No que tange ao art. 17, especialmente naquilo que consta do §1º, parece haver cerceamento à análise crítica, embora isso seja dirigido mais ao examinador e tenha o cunho de não causar confusões que possam levar a dificuldade de entendimento da prova objetiva, não parece ser uma boa orientação, na medida em que pode deixar transparecer ou dar a impressão de impossibilidade de analisar criticamente as decisões dos Tribunais.

b) preparação para o ingresso:

O curso ofertado para o ingresso do aprovado no exercício de suas funções deve ter condições de apresentar a vasta gama de atribuições funcionais, com base no perfil constitucional de 1988, sedimentando as bases do Ministério Público em torno da mudança do paradigma individualista para o coletivo no campo, quer das ações sociais, quer do processual.

No que tange à nova era do Ministério Público, há necessidade de ressaltar que para a efetivação dos direitos constitucionalmente assegurados a segmentos importantes da população, normalmente os mais fragilizados, deve ser feita a interlocução com os órgãos públicos em geral: Federais, Estaduais e Municipais. Também da mesma forma com os entes privados de modo geral, para atuação tanto no espaço do consenso, como diante da necessidade de judicialização dos conflitos, no sentido da construção da cidadania.

---

[10] COMPARATO, Fábio Konder, *in A afirmação histórica dos direitos humanos,* São Paulo, Editora Saraiva, 2001, p.21.

Os agentes ministeriais atuam no campo da transformação social, e isso pode não estar muito claro na formação acadêmica de cada novo ingressante, pela falta de subsídios a tal entendimento. Há uma importância inegável em inseri-los na realidade latino-americana, que tem particular especificidade, e por isso há necessidade de um dimensionamento diferente das funções institucionais: a postura ministerial para realizar a Justiça Social, as formas de efetivação dos direitos fundamentais, a compreensão das raízes da violência e os redutos de miserabilidade humana (econômica, social ou cultural), bem como a forma de como se pode lidar com toda essa complexidade contemporânea.

É importante repassar conhecimentos no sentido de que as soluções podem ser obtidas não só dos meios tradicionais postos à disposição para resolução dos conflitos, como também os alternativos: conciliação, composição, mediação, quer pelo empenho individual de cada membro ou servidor, como pelo trabalho em equipes interdisciplinares, até porque são assuntos muitas vezes não aprendidos nos cursos, mas trazem muito auxílio na atuação prática, porque trabalham com novas perspectivas.

Juntamente a isso é necessário estimular o orientar a formação humanista do agente ministerial, pois é extremamente importante forjar este aspecto no conjunto comportamental do agente político, diante da estatura constitucional do cargo, pois na visão de COMPARATO[11], "a criação do universo concentracionário, no século XX, veio demonstrar tragicamente a justeza da visão ética Kantiana. Antes de serem instituições penais ou fábricas de cadáveres, o *Gulag* soviético e o *Lager* nazista foram gigantescas máquinas de despersonalização de seres humanos".

E ainda mais à frente[12] obtempera que "o homem é o único ser vivo que dirige a sua vida em função de preferências valorativas. Ou seja, a pessoa humana é, ao mesmo tempo, o legislador universal, em função dos valores éticos que aprecia, e o sujeito que se submete voluntariamente a essas normas valorativas".

O Ministério Público tem que ser intérprete desses valores, e num giro histórico é possível concluir que teve importantes iniciativas em favor da defesa de interesses metaindividuais, como é o caso do meio ambiente, e também de interesses individuais de grupos hipossuficientes, como são as crianças em situação de risco, os portadores de necessidades especiais, as pessoas discriminadas em razão de gênero ou raça. Também é recorrente hoje ao Ministério Público a tarefa de grande protetor do patrimônio público, o combate às organizações criminosas, a corrupção e a lavagem de dinheiro, o que o tem levado a necessidade desenvolver técnicas avançadas de inteligência, para dar conta de investigações que devem ser diferenciadas.

Deve existir, previamente ao ingresso em exercício, o contato com aquilo que fará parte do enfrentamento diário em cada Promotoria de Justiça, aprofundando-se o conhecimento acerca do funcionamento da instituição, como organização destinada a dar suporte aos seus integrantes em variadas áreas de atuação.

O complemento do preparo para esse amplo quadro de atividades pode efetivamente ocorrer ao longo da carreira, por intermédio dos diversos eventos destinados ao aperfeiçoamento funcional, mas sob o ponto de vista da iniciação na carreira alguns fundamentos filosóficos, humanísticos, éticos e jurídicos são necessários para, antes do efetivo exercício nas comarcas, porque não se pode olvidar da importância que há para a "convivência humana harmoniosa", esse "consenso social sobre a força ética de uma tábua hierárquica de valores"[13].

Diz ainda COMPARATO que[14], "a compreensão da realidade axiológica transformou, como não poderia deixar de ser, toda a teoria jurídica. Os direitos humanos foram identificados como os valores mais importantes da convivência humana, aqueles sem os quais as sociedades acabam perecendo, fatalmente, por um processo irreversível de desagregação".

Portanto, a título exemplificativo, o *objetivo geral* do projeto preparação para o ingresso, pode ser o seguinte:

> Fornecer subsídios teóricos e práticos para os recém-ingressos no Ministério Público, aprovados no concurso para Promotores Substitutos a fim de melhor dotá-los de conhecimentos para o exercício das funções ministeriais, o que envolve, em linhas gerais, a defesa da ordem jurídica, do estado democrático de direito e de todos direitos sociais, coletivos e individuais garantidos pela Constituição Federal e pelas leis infraconstitucionais, bem como o embasamento deontológico para a compreensão dos valores sociais que devem ser traduzidos na atuação ministerial.

E, na mesma linha, podem ser objetivos específicos:

> - Incentivar aos promotores recém-ingressos no Ministério Público a fazer reflexões éticas e escolhas para enfrentar as dificuldades em sua vida profissional.

---

[11] COMPARATO, Fábio Konder, *in A afirmação histórica dos direitos humanos*, São Paulo, Editora Saraiva, 2001, pp. 22-23.
[12] *Idem, p.* 25.
[13] *Idem, ibidem.*
[14] *Idem, pp.* 25-26

- Desenvolver habilidades necessárias para atuação como agente político, que implica em atuação transformadora da realidade social, tendo em vista a estatura constitucional do cargo.
- Obter conhecimentos básicos de organização das atividades fins (planejamento), bem como de organização de cada unidade de trabalho, e a forma como orientar auxiliares que eventualmente estejam sob sua Chefia.
- Analisar peças processuais e processos, buscando a melhor forma de solucionar o conflito e a busca da verdadeira Justiça Social.
- Enfatizar aspectos atinentes ao relacionamento profissional em relação às partes, membros do Poder Judiciário, advogados, serventuários da justiça e também os próprios servidores do Ministério Público e de outros órgãos da Administração Pública que estejam envolvidos com a atuação institucional, sob o aspecto do relacionamento humano e do respeito à dignidade das pessoas.

c) curso de vitaliciamento:

Não há regulamentação vigente que tenha extensão unificada e que veicule a posição institucional geral do Ministério Público em relação ao processo de vitaliciamento, embora para a preparação antes do ingresso em exercício, situação já analisada, como durante todo o processo de vitaliciamento de novos membros, deva ser cumprido o disposto no art. 93, inc. IV, da Constituição da República, aplicável por força do art. 129, § 4º, ambos com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, e pelo art. 108, inc. IX da Lei Complementar Estadual nº 85, de 27 de dezembro de 1999.

Primeiramente a utilidade do alcance da disposição constitucional deve-se à correção de eventuais falhas no processo de seleção, e para a devida complementação e adaptação dos novos integrantes, trazendo-lhes ensinamentos concernentes tanto ao regime jurídico da Instituição, como as orientações mais recentes da atuação via órgãos da administração superior, Corregedoria, Centros de Apoio, Centro de Estudos e Aperfeiçoamento, entre outros.

Em linhas gerais, as experiências existentes hoje são as seguintes no Ministério Público brasileiro:

I) Ministério Público do Estado do Pará: Mesmo sem regulação específica para o curso de vitaliciamento, considera como um dos requisitos para confirmação na carreira o *aprimoramento da cultura jurídica* em área de interesse da instituição. Realiza os cursos em conjunto com a Corregedoria, tudo conforme o constante no Provimento 01/2008.

II) Ministério Público do Estado de Santa Catarina: Possui regulamentação específica por meio do Ato nº 04/2009 da sua Corregedoria-Geral, o qual dispõe sobre: a) Normas Gerais; b) Coordenação; c) Conteúdo; d) Avaliação; e) Corpo docente.

III) Ministério Público da União: Tem idêntica formatação do curso da instituição catarinense (MPSC), guardadas as diferenças entre ambos.

IV) Ministério Público de São Paulo: Possui regulamentação específica por meio do Ato Normativo 604/2009-PGJ, o qual dispõe a respeito do seguinte: a) Inscrição no Curso, Finalidades e Carga Horária; b) Período do Curso Presencial, Disciplinas e Estágio; c) Período do Curso à Distância e Respectivas Disciplinas; d) Controle de Freqüência, Acompanhamento e Disposições Finais. Há ainda anexo no qual se especifica o conteúdo temático e programação.

E as experiências existentes no Poder Judiciário brasileiro são as seguintes:

I) Tribunal Regional Federal da 4ª Região: Possui regulamentação específica por meio da Instrução Normativa nº 40-J-4-CG, editado pelo Corregedor-Geral da Justiça Federal. Nesse Ato dispõe-se sobre o tema da seguinte forma:

TÍTULO I – DO OBJETO, FINALIDADE E ORGANIZAÇÃO DO PROCESSO DE VITALICIAMENTO
Capítulo I – Do objeto e da finalidade do processo de vitaliciamento
Capítulo II – Da organização do processo de vitaliciamento
TÍTULO II – DAS ATIVIDADES DE ORIENTAÇÃO
TÍTULO III – DAS ATIVIDADES DE ACOMPANHAMENTO
TÍTULO IV – DA AVALIAÇÃO
Capítulo I – Da finalidade da avaliação e de seus critérios
Capítulo II – Do registro da atividade de avaliação
TÍTULO V – DISPOSIÇÕES GERAIS
TÍTULO VI – DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS
TÍTULO I – DO OBJETO, FINALIDADE E ORGANIZAÇÃO DO PROCESSO DE VITALICIAMENTO

II) Há, entretanto, regulamentação feita em 2008 e 2009 pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento para Magistrados – ENFAM, de forma bastante específica sobre a formatação dos cursos, estabelecendo, ainda, diretrizes para os conteúdos programáticos dos cursos das Escolas de Magistratura de todo do país, seguindo orientação da Resolução STJ-3, de 30 de novembro de 2006 e da Resolução STJ-5 de 19 de junho de 2008, tudo como exigência da Reforma constitucional e na linha de pontuação dos cursos para as promoções por merecimento.

III) Tribunal de Justiça do Estado do Paraná: Possui regulamentação prevista no Regimento Interno da Escola da Magistratura do Estado do Paraná – EMAP. Em face do teor do art. 2º, alínea "c", do Regimento Interno, que prevê a participação da Escola nos procedimentos de formação e vitaliciamento de magistrados, a EMAP oferta o Curso de Iniciação Funcional para Juiz Substituto. Com duração de 45 a 60 dias, é ministrado aos candidatos aprovados no concurso para juiz substituto, assim que são nomeados pelo Presidente do TJ, pelo Núcleo de Curitiba. Nessa Formação Inicial os Juízes Substitutos recebem orientações gerais e práticas sobre relacionamento com autoridades locais, técnicas autocompositivas de resolução de conflitos, administração de Fórum, organização, gestão de processos. O curso posterior, na fase de vitaliciamento, os magistrados participam do mesmo curso que os demais colegas, já vitaliciados na carreira, fazem, qual seja, o curso de atualização e aperfeiçoamento. A EMAP ainda não se adequou a todas as exigências da ENFAM.

Deve ser anotado que este relatório foi realizado sem muito aprofundamento, apenas com a finalidade de recolher uma visão geral sobre como vem sendo tratada a questão no âmbito nacional, a partir das exigências advindas da Reforma do Judiciário (2004).

Portanto, está é uma temática que se faz urgente, sob o ponto de vista da regulamentação, sabendo-se que se trata de preocupação dos colegiados existentes no Ministério Público Brasileiro, especialmente do Conselho Nacional do Ministério Público, do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais, do Conselho de Diretores de Escolas do Ministério Público.

d) capacitação de membros: cursos de atualização e aperfeiçoamento:

Há, em função das mudanças paradigmáticas a respeito da própria conformação do Ministério Público e da ciência do Direito, uma indissociável necessidade de que, para maior avanço institucional se trabalhe continuamente na capacitação dos membros, por meio de cursos de atualização e aperfeiçoamento, devendo ser discutido amplamente se tais cursos devem ou não figurar como requisitos para as promoções por merecimento, o que atuaria como mais um estímulo, uma forma de demonstrar a importância dada pela Instituição às atividades de aprimoramento e atualização do conhecimento. Deve-se anotar que este critério já é recomendado pelo Poder Judiciário, com base na regulamentação da sua Escola Nacional.

Isso implica na necessidade de se traçar um plano a ser desenvolvido pelos Centros de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional, ou na falta dele, pelo órgão apontado pela chefia institucional, mas que represente um trabalho centralizado e contínuo que se desenvolva em diversas etapas, respeitando as prioridades e as decisões tomadas coletivamente com envolvimento de todas as áreas de atuação.

Capítulo III: Sugestões e pontuação final

De todas estas ponderações resultam circunstâncias de atuação que devem ser evidenciadas e refletidas como pontos a serem trabalhados no aperfeiçoamento de membros, tais como:

I) Reforçar a importância do envolvimento institucional com a prevenção da criminalidade, pois via de regra há apenas o envolvimento com o sistema punitivo estatal, mas o Ministério Público tem acesso a dados estatísticos, e pode também atuar em projetos com organizações sociais e governamentais, para uma visão macro dos problemas afetos a esta área de atuação, para tentar interferência preventiva, buscando a redução da criminalidade, nos setores em que isso é plenamente viável (trânsito, pequena criminalidade, homicídios em determinadas localidades, cujas causas são bem específicas, crimes contra o patrimônio, combate a organizações criminosas, etc.);

II) Ainda na área criminal, podem ser pensadas novas práticas, como os procedimentos restaurativos, ao invés de permanecer a atuação mecânica nas acusações, cuja utilidade é muito questionada por vários aspectos. Os procedimentos restaurativos trazem ainda a possibilidade de envolver a pessoa da vítima, a qual pode e deve ser participar da solução de boa parte da solução dos crimes;

III) Existe um campo muito relevante de atuação do órgão ministerial como conciliador ou principalmente mediador nas questões relativas a interesses difusos e coletivos, o qual pode ser expandido, para atingir inúmeras matérias e questões a serem partilhadas com outros co-legitimados, de forma a propiciar maior organização e participação democrática das pessoas e da sociedade como um todo, também no processo de resolução desses conflitos;

IV) Não há como permanecer certa intervenção ou tutela de situações que afastam do domínio de cada cidadão algumas decisões e posicionamento pelas quais ele, como membro da comunidade, tem que se interessar, devendo ser estimulada a participação social, tornando-se o Ministério Público um coadjuvante;

V) É muito favorável que toda a Instituição reconheça uma mudança de postura como algo que deve ser avaliado positivamente e incentivado, por meio de novas fórmulas a serem aplicadas nas avaliações que são feitas pelas Corregedorias do Ministério Público;

VI) O envolvimento de equipes, com visão e saber interdisciplinar agregando valores diferenciados às áreas institucionais, é fator que aumenta as perspectivas de melhor e mais eficaz atuação.

VII) Não se pode mais prescindir do planejamento institucional que tem em vista novas estratégias de atuação buscando conjuntamente com a sociedade o encontro das questões prioritárias que devem ser focadas pelos diversos órgãos, de forma a realizar um enfrentamento setorial, com apoio, com organização, com uma logística que possibilite resolver eficazmente as situações.

Entretanto, nada disso é possível se não houver capacitação instituída por meio de planos ou projetos de capacitação contínua, pensada em termos de conjugação dos saberes e incrementação de novos conhecimentos, com o treinamento de novas técnicas, para estimular a produção de idéias e de conhecimento a ser aplicado em prol da atuação ministerial consoante o que se entender adequado com a identidade da Instituição.

É atribuída a Hanna Arendt a expressão: o amor é um acontecimento que leva a uma história ou um destino.

A história institucional, que é muito vigorosa, faz de seus participantes pessoas que podem ser apaixonadas pelo que fazem, ou não. De uma ou outra maneira, a Instituição precisa tanto da história como do destino, este, um desafio que se renova a cada dia.

Diferente do o amor entre duas pessoas que podem construir uma bela história ou não. O destino institucional depende muito de como a Instituição consegue manter o estímulo pelo novo, pela renovação, pela criação e pela criatividade de seus membros. Ela não é resultado da união de duas pessoas por um tempo definido de existência, que é o tamanho que tem a vida, porque a Instituição a transcende.

Entretanto o Ministério Público, como qualquer outra Instituição, pode se tornar dispensável, sem que seus integrantes, talvez, venham a perceber o início do processo. Entretanto, se houver a disponibilidade de projetá-lo de forma que consiga se renovar perante a sociedade sempre, adaptando-se rapidamente às mudanças, ele pode ser perene, porque necessário para o processo de construção daquela sociedade pensada pelo constituinte de 1088: livre, justa e solidária.

Como diria o Conselheiro Acácio, nosso ativismo pode ser mais ativista que o de outras instituições públicas e outros destinatários de funções estatais. Temos a incumbência de fiscalizar o regime democrático, o que se faz pela manutenção e estimulação dos valores democráticos, o que significa incluir a sociedade no processo de participação para todas as questões que a afetam, incluindo-a nesse processo construtivo majestoso de realizar valores fundamentais à existência social digna.

Conclusões

1) Há necessidade de renovar os critérios de seleção, mediante uma reflexão mais aprofundada a respeito da identidade da instituição, sendo que tais critérios devem ser vinculados à opção preferencial por uma espécie de atuação e vinculação com embasamento ideológico e filosófico.

2) O conhecimento e a identidade da Instituição devem ser buscados na visão conjunta das diversas áreas de atuação, para propiciar elementos de reflexão sobre resultados e eventuais falhas, em análise que envolva a todos, por meio de interação pelo diálogo, uma vez que é preciso existir um consenso sobre quais são as prioridades institucionais.

3) Na seleção dos candidatos é primordial avaliar a capacidade de interação com a realidade social, mediante a conjugação dos saberes da filosofia, da sociologia, da antropologia e cultura geral, para um agente político mais envolvido com as questões humanas e a escala de valores vigente na sociedade.

4) Na preparação para o ingresso na atuação, os cursos devem ter em vista a complementação de conhecimentos diferentes daqueles obtidos nos programas tradicionais dos cursos jurídicos e principalmente existir a preocupação em capacitar para a resolução alternativa de conflitos, numa cultura de menos adversarismo e mais participação das pessoas em prol da realização dos direitos sociais, em razão da complexidade contemporânea.

5) Deve-se dar valor à capacitação, pontuando-a na carreira, e por meio dela estimular o conhecimento interdisciplinar, quer entre as áreas do saber (entre as ciências), bem como entre os campos de atuação institucional para maior versatilidade e possibilidade de aplicação de fórmulas diferenciadas na resolução dos conflitos sociais, bem como para oferecer subsídios que propiciem reflexões axiológicas por parte dos agentes.

Referências bibliográficas

COMPARATO, Fábio Konder, *in A afirmação histórica dos direitos humanos,* São Paulo, Editora Saraiva, 2001.

GARCIA, Emerson, *Ministério Público, Organização, Atribuições e Regime Jurídico*, Editora Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 2008.

GIACOIA, Gilberto, Ministério Público Vocacional, *in Justitia,* Revista do Ministério Público do Estado de São Paulo, nº 64 (197), jul-dez 2007, pp. 279-286.

GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos.* 1ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: Conceito e Legitimação para Agir. 6ª. ed.* rev. ampl.atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MAZZILLI, Hugo Nigro, no artigo A formação profissional e as funções do promotor de justiça, na *Revista dos Tribunais,* 686/284, pp. 284-309, dez. 1992, São Paulo.

_____*Regime Jurídico do Ministério Público,* 6ª Ed. rev. Ampl. e atual., São Paulo, Editora Saraiva, 2007.

109

FORTALECIMENTO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO E A CONCRETIZAÇÃO DA ORDEM JURÍDICA

Claudio Tenorio Figueiredo Aguiar

Promotor de Justiça/RJ

Síntese Dogmática: O novo perfil institucional traçado para o Ministério Público pela Constituição da República de 1988, apesar de conferir autonomia ao *parquet*, o colocou em rota de colisão com os poderes, o que se evidencia através das intimidações que alcançam os membros e a própria organização. Neste cenário, é preciso buscar no fortalecimento institucional, através da interação corporativa, da consciência dos membros acerca de suas responsabilidades, do redimensionamento administrativo e funcional, o caminho de aproximação com a sociedade como fator legitimador da atuação ministerial, revelando o avanço no dever de defesa e concretização da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

1) A Teoria da Constituição Adequada ao Brasil do Início do Século XXI

Um novo direito constitucional passou a ser construído ao final da 2ª guerra mundial no mundo ocidental. As Constituições ocuparam o centro do ordenamento jurídico, o que só foi possível através do reconhecimento da força normativa de seu conteúdo. Servindo como parâmetro para a recepção ou para a aferição da validade da legislação infraconstitucional, as normas jurídicas constitucionais tornaram-se a referência para o Direito.

A sustentação filosófica da mudança está relacionada com a centralidade adquirida pelos direitos fundamentais em decorrência da tragédia produzida pelo holocausto. A aproximação da moral e da política ao direito permitiu a consagração dos valores da liberdade, igualdade, solidariedade e justiça no texto das constituições, dando origem ao pós-positivismo, doutrina na qual, a legitimação democrática caminha lado a lado com a teoria da justiça, procurando conciliar democracia com constitucionalismo, admitindo que nem sempre a vontade da maioria se afigura como a melhor solução para as divergências.

A limitação do poder estatal e a garantia de um conjunto mínimo de direitos a toda e qualquer pessoa, conduziram a uma nunca vista expansão da jurisdição constitucional. Esta, em razão de seu originário déficit democrático, vem buscando sua legitimação através de novas técnicas de interpretação constitucional tais como a argumentação jurídica, o uso da racionalidade, a técnica da ponderação e o apelo à razoabilidade / proporcionalidade para tornar possível não só a solução da colisão de direitos, mas, principalmente, o convencimento da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição.

Neste cenário de consolidação da força normativa da constituição, a constitucionalização dos variados ramos do direito tornou-se inevitável. A ordem objetiva de valores instituída pela teoria dos direitos fundamentais, para além de sua face subjetiva, deu ensejo à releitura do direito infraconstitucional através da filtragem constitucional, influenciando decisivamente o direito civil, o administrativo, o empresarial e o penal.

Na busca do equilíbrio, a teoria da democracia deliberativa compatibiliza democracia com constitucionalismo, garantindo a todos, um conjunto básico de direitos, sem os quais não há verdadeira dignidade nem o desejo de cooperar com a deliberação democrática. O avanço em relação ao mínimo existencial evidencia a adequação da opção que se faz, pois, de um lado, respeita-se a soberania popular e, de outro, não se abre mão de promover com profundidade o valor da justiça. Esta, portanto, a teoria da Constituição adequada ao Brasil deste início de século XXI, capaz de permitir ao Ministério Público a concretização de sua missão institucional definida pelo constituinte.

2) O Ministério Público da Constituição de 1988

Qualquer estudo que tenha sido desenvolvido sobre o Ministério Público brasileiro será convergente no sentido de constatar a evolução da Instituição desde o seu nascedouro, através dos Decretos 848 e 1030 de 1890, até a configuração atual, traçada na vigente Carta da República. Depois de vinculações ao Poder Executivo e Judiciário, o *parquet* assumiu sua posição de órgão constitucional autônomo, essencial à função jurisdicional do Estado, independente e desvinculado dos tradicionais poderes da República, o que evidencia o amadurecimento democrático da Assembléia Nacional Constituinte, reunida nos anos 80 do século passado.

A autonomia, em suas esferas legislativa, orçamentária, financeira, administrativa e funcional, conferida diretamente pela Constituição ao Ministério Público, funciona como a mola propulsora para que seja possível o cumprimento da relevante missão institucional sem que seja necessária a subserviência maléfica de quem não é independente. Não se pretende, com essa afirmativa, desautorizar a necessidade de controles, internos e externos da atuação administrativa e funcional, ou ainda, combater hipóteses tradicionais de incidência do sistema de freios e contrapesos, passíveis de aplicação entre poderes ou entre estes e órgãos constitucionais autônomos, como é o caso, por exemplo, do Tribunal de Contas. Muito pelo contrário, pois, autonomia e controles recíprocos são aprendizados que não se desprezam, na experiência democrática e republicana mundial, sendo bem vinda a criação do Conselho Nacional do Ministério Público apesar de sua atuação ainda pendente de um maior ajuste aos limites traçados pela Constituição.

A verdade é que com a autonomia, o Ministério Público tem o poder de projetar o seu orçamento, organizar a distribuição das atribuições entre os seus órgãos de execução, auxiliar o desempenho das atividades funcionais pelos membros, planejar a evolução da carreira de seus servidores e membros mantendo remuneração compatível com a dignidade dos cargos, constituir uma administração qualitativa que tramite com eficiência e legalidade os numerosos procedimentos internos necessários ao aparelhamento de toda a Instituição. O reflexo dessa autonomia é sentido tanto pelos seus integrantes quanto pela sociedade que encontra no Ministério Público, um organismo estatal confiável.

Em relação à sua atividade-fim, como defensor da sociedade, deixou o *parquet*, no passado, a função de representante dos interesses do Governo, passando a atuar na defesa dos interesses públicos primários, ainda que tenha que enfrentar os próprios Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Para tanto, a blindagem dos membros através de um regime jurídico diferenciado, foi a medida encontrada astutamente pelo constituinte originário para afastar os temores maiores da corrupção em seus quadros. Necessário, neste ponto, um grau de amadurecimento dos membros diante de suas responsabilidades funcionais. Através dos princípios da unidade, da indivisibilidade, da independência funcional e do promotor natural, bem como das garantias da vitaliciedade, da inamovibilidade e da irredutibilidade dos subsídios, garante-se uma Instituição protegida em boa medida contra a realidade desvirtuada que corrompe os funcionários públicos e que desvia os recursos tão necessários a um país com tantas promessas por cumprir.

O atual modelo de Ministério Público adotado no Brasil e sua atuação verdadeiramente efetiva ampliando o acesso à justiça é uma decorrência da definição de sua estrutura diretamente no plano constitucional com as qualificações de uma Instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, protegendo-a da extinção e da desfiguração. De qualquer forma, uma Teoria da Constituição que se preocupe com a realização dos valores da liberdade, igualdade, solidariedade e justiça, é pré-requisito para a preservação desta importante conquista social que foi o Ministério Público.

3) Ministério Público e os Poderes – Uma difícil convivência entre fiscal e fiscalizado

A Constituição da República vigente criou uma constante tensão entre o Ministério Público e os poderes, ao destinar ao primeiro a função de fiscalização em relação aos últimos. Esta difícil convivência piora na exata medida em que o *parquet* amplia sua área de atuação e cumpre com o seu dever constitucional, não sendo adequado o tratamento dado pela Carta da República para estabelecer modalidades de controle externo ao Ministério Público.

No campo da iniciativa legislativa, tanto o Procurador-Geral da República quanto o Presidente da República podem apresentar projetos de lei para a organização, o regime jurídico e as atribuições do Ministério Público da União, aspecto que se repete no âmbito estadual em decorrência do princípio da simetria, permitindo que Governador e Procurador-Geral de Justiça tenham a mesma competência legislativa. Há ainda a iniciativa privativa do Presidente da República para estabelecer normas gerais a serem aplicadas aos Ministérios Públicos Estaduais. Ao permitir estes caminhos, foram viabilizadas em sede constitucional, modalidades brandas de intervenção[1] pelo Executivo no Ministério Público que se exacerbam nos momentos de enfrentamento.

No caso da iniciativa legislativa para estabelecer normas gerais para o *parquet* estadual, melhor seria se a competência fosse fixada para um conjunto de pelo menos 14 (maioria) Ministérios Públicos Estaduais. Haveria uma desvinculação com o Executivo e seria possível evoluir a padronização da atuação administrativa e institucional

[1] Art. 85, II da Constituição

do *parquet* a partir de dentro, sempre com respeito às autonomias típicas do modelo federal, relegando para os momentos posteriores do processo legislativo e da sanção ou veto, o controle externo.

A iniciativa concorrente também é problemática. Basta lembrar que cabe ao Procurador-Geral de Justiça promover, por exemplo, a ação de improbidade contra o governador[2] que pode, por sua vez, deflagrar um projeto de lei reestruturando a atuação do Ministério Público para encobertar uma verdadeira represália ao *parquet*. Este é um perigo que não se pode correr[3-4]. Uma solução viável seria a de seguir a linha definida para o Poder Judiciário[5] em razão da aproximação do regime jurídico das instituições e restringir a iniciativa legislativa à chefia institucional do *parquet* acrescentando democraticamente a possibilidade da deflagração do referido processo a partir da autorização de um determinado número percentual dos membros ativos da Instituição.

A escolha do Procurador-Geral pelo chefe do Executivo, ainda que submetida ao Senado em relação ao Ministério Público da União e com prévia formação de lista tríplice no âmbito estadual, é outro exemplo maléfico para o *parquet* e representa uma lembrança dos tempos em que a Instituição representava os interesses da União. Pelos mesmos motivos relatados acima que vinculam o Procurador-Geral a atividades de órgão de execução em face do Governador nas ações de improbidade, não é saudável que o referido agente político realize a escolha da chefia institucional. Melhor seria a aplicação do sistema majoritário, inclusive, com a sugestão de dois turnos de votação, seguindo a orientação atual de direito de voto para todos os membros ativos[6]. A formação da lista tríplice deixaria lugar para o voto unipessoal com possibilidade de um segundo turno entre os dois mais votados no caso de não ser alcançada a maioria absoluta.

Por outro lado, a questão está bem equacionada em relação ao estabelecimento jurisprudencial dos limites para que o Legislativo possa emendar projetos de lei que digam respeito à organização, ao regime jurídico e às atribuições do Ministério Público. Segundo a posição consolidada pelo STF, as alterações somente são possíveis quando não aumentem despesas nem desvirtuem a obra original sendo vedado o tratamento autônomo de outros temas não contidos na pertinência do projeto original apresentado por aquele que recebeu uma competência privativa ou reservada pelo constituinte. Apesar da clara posição da mais alta corte do país, a difícil relação de convivência do *parquet* com o referido poder não deixa de se evidenciar em vários estados da federação[7-8].

Por fim, em relação ao Poder Judiciário, a par das variadas e importantes decisões proferidas diuturnamente por seus integrantes, são preocupantes algumas decisões de abrangência nacional exaradas em especial pelos tribunais superiores que acabam sendo reproduzidas em âmbito nacional, com reflexos diretos sobre o dever ministerial.

Na área criminal, a decisão de anular um julgamento realizado perante o Tribunal do Júri apenas pelo motivo de uso de algemas pelo réu não soa nem um pouco razoável. Aqueles que já atuaram em plenário sabem que o uso das algemas é explorado pela Defesa o que é suficiente para traduzir aos jurados que aquela situação em nada deve interferir no julgamento do mérito. Também na esfera criminal, a decisão do STJ em anular[9] condenações e considerar nulos processos e investigações em decorrência da renovação sucessiva de interceptações telefônicas autorizadas

---

[2] Art. 29, VIII da L 8625/93 e Art. 39, VIII da LC 106/2003

[3] O PGR, Antonio Fernando Souza, enviou ao STF parecer a favor de ADI 3988 proposta pela Conamp contra norma do Acre, que atribui ao governador a participação na nomeação de subprocurador-geral de Justiça, violando o artigo 127, parágrafo 2º, da Constituição Federal (12/05/2008).

[4] A Conamp ajuizou a ADI 4142, com pedido de liminar, contra a LC nº 469, de 19 de agosto de 2008, de iniciativa do governador de Rondônia, que alterou a LC estadual 93/1993 (Lei Orgânica do Ministério Público daquele estado), impondo uma série de limitações às atividades dos integrantes do MP (19/09/2008).

[5] Art. 96, II da CRFB/88.

[6] Art. 9º da L 8625/93.

[7] Por vislumbrar aparente ofensa ao § 5º do art. 128 da CF, o Tribunal deferiu medida cautelar em ADI ajuizada pelo PGR para suspender, até a decisão final da ação, a eficácia da LC 99/2007, do Estado de Minas Gerais, que altera a LC 34/94(...). Entendeu-se que a Assembléia Legislativa, em projeto de iniciativa do PGJ do Estado de Minas Gerais, aprovou substitutivo que alterou, na substância, a proposição inicial, tratando, de forma autônoma, sobre temas diversificados. ADI 3946 MC/MG, rel. Min. Marco Aurélio, 12.9.2007. (ADI-3946)

[8] O Tribunal deferiu pedido de medida liminar formulado em duas ações diretas ajuizadas pelo PGR (...)para suspender a eficácia das expressões "e Tubarão" e "Tubarão", contidas, respectivamente, no inciso I e no caput do art. 1º, da LC 398/2007, e "e Tubarão", contida no inciso I do art. 1º da LC 399/2007, ambas do Estado de Santa Catarina, resultantes de emenda parlamentar. (...) A segunda trata sobre a elevação de Promotorias de Justiça e a reclassificação, criação e extinção de cargos na carreira do Ministério Público do Estado de Santa Catarina, e também eleva a Comarca de Tubarão para entrância especial. Considerou-se que os preceitos impugnados, em princípio, afrontam a jurisprudência pacífica da Corte no sentido de serem cabíveis emendas parlamentares aos projetos de lei de iniciativa do (...) Ministério Público, dentre outros, apenas quando não importarem aumento de despesa e quando tratarem de matéria que encontra pertinência com o objeto do projeto de lei. ADI 4062 MC/SC, rel. Min. Joaquim Barbosa, 4.6.2008. (ADI-4062) ADI 4075 MC/SC, rel. Min. Joaquim Barbosa, 4.6.2008. (ADI-4075)

[9] "O STJ, apreciando a legalidade de monitoramento telefônico realizado por aproximadamente dois anos, 2004 a 2006, no Caso Sundown, julgou ilegais as decisões que autorizaram a medida por suposta falta de fundamentação. (...) Ainda será devidamente aquilatado o que poderá ser salvo e o que está perdido, mas certamente restarão prejudicados processos criminais, inclusive de corrupção de servidores públicos, dezenas de inquéritos policiais e investigações desmembradas que apuram crimes gravíssimos, autos de infração por sonegação fiscal e bloqueios de recursos que hoje somam mais de R$ 100 milhões, valores que serviriam para indenizar, ainda que parcialmente, o Estado. Deltan M. Dallagnol e Orlando M. Junior. Procuradores da República - Paraná. Assessoria de Comunicação"

judicialmente de modo fundamentado, interpretando a legislação pertinente de modo diverso da orientação anterior do próprio tribunal no sentido de entender que somente seria possível uma renovação, inviabiliza a investigação séria de crimes complexos. A ainda pendente discussão sobre o poder investigatório do Ministério Público em matéria penal, aguardando a decisão definitiva do plenário do STF que já poderia ter colocado uma pá de cal sobre o assunto, evidencia outra grande dificuldade à atuação ministerial. Se é verdade que recentes decisões[10] da mais alta corte do país através de suas turmas afirmaram o referido poder, a falta de uma posição definitiva permite a extensão de relações processuais através de argüições de nulidades que parecem inesgotáveis.

No campo eleitoral, a decisão do TSE por apertada maioria no sentido de permitir aos candidatos de "ficha suja" o acesso aos cargos eletivos fez tabula rasa do princípio constitucional da moralidade privilegiando uma interpretação literal da legislação infraconstitucional que não previu, dentre as hipóteses de inelegibilidade, tal situação. A verdade é que neste caso, o referido tribunal não interpretou a própria constituição, suficiente para vedar tais candidaturas para as quais se exige um histórico exemplar, ainda que, de modo implícito. É preciso registrar ainda, que a miserabilidade vigente em especial na área da educação somada a extensão territorial do país e a dificuldade de fiscalização eleitoral, permitem o abuso do poder econômico e político nas eleições o que é em muito exacerbado com a presença de muitos candidatos desconectados com o ideal da moralidade.

Outra decisão paradigmática de profundos reflexos negativos para a atuação ministerial foi tomada pelo STF quando decidiu que os agentes políticos não se submetem[11] à lei de improbidade administrativa devendo responder na forma da lei dos crimes de responsabilidade. Com uma decisão deste teor, se perde a força intimidatória da legislação anticorrupção em relação a um de seus lados mais nefastos, vinculado ao serviço público das altas esferas de poder[12].

Por outro lado, permitindo o enfraquecimento da atuação ministerial através do ataque pessoal aos seus membros, o STJ admitiu[13-14] que o membro do *parquet* figurasse como réu em ação indenizatória em decorrência de ato praticado no desempenho de sua função. Como é por todos sabido, o membro do Ministério Público se submete a um regime jurídico diferenciado, somente sendo admissível a sua responsabilização pessoal no campo indenizatório quando age com dolo, fraude ou má-fé[15] o que é facilmente alegado numa petição inicial que se baseia na teoria da asserção e deixa a prova para momento posterior. Evidente que o melhor caminho não é esse, mas, ao revés, o direcionamento da ação contra o Estado que terá a possibilidade posterior de regredir contra o membro quando comprovado o seu atuar doloso.

---

[10] (...) Considerou-se, ademais, que, mesmo que se tratasse da temática dos poderes investigatórios do Ministério Público, melhor sorte não assistiria ao recorrente, haja vista que a denúncia pode ser fundamentada em peças de informação obtidas pelo órgão do Ministério Público sem a necessidade do prévio inquérito policial, como já previa o CPP. (...)Aduziu-se, tendo em conta ser princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos "poderes implícitos", segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios, que se a atividade fim — a promoção da ação penal pública — foi outorgada ao *parquet* em foro de privatividade, não haveria como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que peças de informação embasem a denúncia. Dessa forma, concluiu-se pela possibilidade de, em algumas hipóteses, ser reconhecida a legitimidade da promoção de atos de investigação por parte do Ministério Público, especialmente quando se verifique algum motivo que se revele autorizador dessa investigação. (...) RE 535478/SC – 28/10/2008 – STF.

[11] Notícias STF – 13/03/2008 – O STF julgou hoje (13) prejudicado um recurso do Ministério Público Federal contra decisão da ministra Ellen Gracie, que arquivou Petição (PET 3053) em que o ministro Gilmar Mendes era acusado de suposto ato de improbidade administrativa ocorrido quando ele era advogado-geral da União. (...) Depois, ela paralisou o andamento da petição até decisão do Supremo em recurso que tentava extinguir processo no qual o ex-ministro da Ciência e Tecnologia Ronaldo Sardenberg havia sido condenado na primeira instância por improbidade administrativa. Nesta tarde, seis ministros disseram que recurso do MPF contra o arquivamento determinado por Ellen Gracie estava prejudicado. Eles aplicaram ao caso precedente aberto na decisão tomada no caso Sardenberg, que determinou que a lei de improbidade administrativa não é aplicável a agentes públicos (RCL 2138). Entenderam assim a ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha e os ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Carlos Ayres Britto e Celso de Mello. O ministro Cezar Peluso indeferiu o pedido do MPF. (...) **Denúncia** A ação de improbidade administrativa acusava Gilmar Mendes, na condição de advogado-geral da União, e o ex-procurador-geral da União Walter do Carmo Barletta de terem celebrado contratos entre a Advocacia Geral da União e o Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) em desconformidade com a Lei de Licitações (artigo 9º da Lei 8.666/93).

[12] Quanto ao mérito, o Tribunal, por maioria, julgou procedente a reclamação para assentar a competência do STF para julgar o feito e declarar extinto o processo em curso no juízo reclamado. Após fazer distinção entre os regimes de responsabilidade político-administrativa previstos na CF, quais sejam, o do art. 37, § 4º, regulado pela Lei 8.429/92, e o regime de **crime de responsabilidade** fixado no art. 102, I, c, da CF e disciplinado pela Lei 1.079/50, entendeu-se que os agentes políticos, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade, não respondem por improbidade administrativa com base na Lei 8.429/92, mas apenas por **crime de responsabilidade** em ação que somente pode ser proposta perante o STF nos termos do art. 102, I, c, da CF. Rcl 2138/DF, rel. orig. Min. Nelson Jobim, rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, 13.6.2007. (Rcl-2138)

[13] Notícias do STJ – 15/08/2008 - 08h59 – Resp 731746 – (De acordo com o relator, a legitimidade passiva dos servidores públicos em ação reparatória já foi apreciada pela 3aTurma do STJ quando reconheceu que membros do Ministério Público podem responder civilmente por atos que extrapolem suas atribuições legais do cargo.

[14] Os **membros** do **MP** podem, em tese, responder civilmente por seus atos que extrapolem as atribuições legais do cargo.- A responsabilidade nestes casos, deve ser examinada após a instrução processual, em que se apurará a existência de má-fé ou abuso de direito na conduta do réu. (RESP 759272/GO – j. 18/08/2005 – 3ª T do STJ)

[15] Art. 85 do CPC.

Ainda seria possível mencionar outras várias decisões judiciais que afastam o *parquet* do cumprimento de seu dever, merecendo referência : a) o entendimento que veda[16] ao Ministério Público a atuação coletiva em matéria tributária, considerando-se válida a alteração da Lei da Ação Civil Pública realizada através de medida provisória, ainda que esteja em jogo um relevante interesse social; b) a impossibilidade de sustentação oral do Ministério Público Estadual em sede[17] de STJ e STF, ainda que para apresentar Reclamação; c) a recente decisão do STF que veda ao membro do *parquet* que atua em tribunais de apresentar sua manifestação depois da defesa por suposta violação da ampla defesa[18] em profunda confusão entre os variados papéis que os diversos órgãos de execução desempenham ao longo da relação processual ora como órgãos agentes ora como intervenientes; d) o esvaziamento do princípio do promotor natural[19].

4) A Legislação Específica do MP e as Atividades Administrativa e Funcional – Uma Visão Crítica

Um primeiro aspecto que merece redimensionamento, ainda no âmbito constitucional, diz respeito ao período de investidura do Procurador-Geral. Ao invés dos atuais dois anos com possibilidade de uma recondução sucessiva por igual período no âmbito estadual, o ideal seria um período de gestão de 04 anos sem possibilidade de recondução, o mesmo raciocínio se aplicando no âmbito da União. Nesse tempo, seria possível desenvolver um trabalho mais planejado e a Instituição não teria que se preocupar, a cada dois anos, com um processo eleitoral cansativo e desgastante que acaba por afastar os membros da instituição, desagregando-a.

Também a vedação instituída pela Emenda Constitucional 45/2004, proibindo aos membros do *parquet* o afastamento de suas atividades para o desempenho de funções eleitorais, parece demasiado e enfraquece paulatinamente a possível força da Instituição dentro do Poder Legislativo. Bastaria a proibição definitiva de desempenho da função de promotor eleitoral ao membro do *parquet* que optasse pela função legislativa.

Quanto aos integrantes dos órgãos colegiados, não há sentido em se permitir que o Procurador-Geral de Justiça seja um Promotor, como ocorre no Estado do Rio de Janeiro, e não prever a presença desta classe em algumas cadeiras perante o Conselho Superior do Ministério Público ou mesmo, perante o Órgão Especial da Instituição. Os órgãos colegiados da Instituição, não podem ter apenas Procuradores de Justiça em suas composições, uma vez que normalmente, a maioria do quadro é composta de Promotores de Justiça e a experiência necessária para tais funções pode ser trazida de atividades desempenhadas fora da Instituição. É importante que todas as classes da carreira se vejam representar junto aos órgãos colegiados. Sequer se pode suscitar qualquer inviabilidade uma vez que numa instituição que não possui mais do que 2000 membros no mais numeroso ramo do Ministério Público nacional, esse argumento não soa razoável.

Acresça-se ainda a sugestão de que as decisões mais importantes para o Ministério Público necessitariam de um sistema similar ao que ocorre com o plebiscito e com o referendo, sendo submetidas à classe. Também se poderia dispor sobre uma sistemática similar a da iniciativa popular, permitindo que 30% dos membros pudessem

---

[16] Argüição de Inconstitucionalidade. Medida Provisória n. 2.102-26, que acrescentou o parágrafo único ao art. 1o. da Lei 7.347/95, instituindo veto expresso para utilização da ação civil pública versando tema tributário. Alegada ofensa ao art. 129, II e III, da CF, por restringir atribuições institucionais do Ministério Público. Jurisprudência pacífica do STF e do STJ no sentido de que o Ministério Público é parte ilegítima para aforar essa ação coletiva objetivando a impugnação de cobrança de tributos, por não se tratar de relação de consumo, nem ser possível identificar o direito do contribuinte com interesses sociais e individuais indisponíveis. (...)É constitucional a Medida Provisória que excluiu do objeto da ação civil pública a pretensão versando tributo, por não afrontar efetivamente o art. 129, II e III, da CF. (Julg.17/03/2008 – Órgão Especial TJ/RJ – 2007.017.00016)

[17] A Corte Especial conheceu em parte dos embargos de divergência e, nessa parte, proveu-os para anular o julgamento da 2ªT do STJ que permitiu a sustentação oral do representante do Ministério Público estadual. Na oportunidade, reiterou o entendimento de que somente o Ministério Público Federal, por meio dos subprocuradores-gerais da República, possui atribuição para atuar nas causas de competência deste Superior Tribunal. **EREsp 445.664-AC, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgados em 21/5/2008.**

[18] Deferiu-se o writ para anular o julgamento do recurso em sentido estrito e determinar que outro se realize, observado o direito de a defesa do paciente, se pretender realizar sustentação oral, somente fazê-lo depois do representante do Ministério Público. (...) como concretização do princípio do devido processo legal, a cujo âmbito pertencem as garantias específicas do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, LIV e LV). Ressaltando a unidade e indivisibilidade do parquet, asseverou-se ser difícil cindir sua atuação na área recursal, no processo penal, de modo a comprometer o pleno exercício do contraditório. Aduziu-se, também, que o direito de a defesa falar por último é imperativo e decorre do próprio sistema, e que a inversão na ordem acarretaria prejuízo à plenitude de defesa. Precedentes citados: RHC 85443/SP (DJU de 13.5.2005); RE 91661/MG (DJU de 14.12.79). **HC 87926/SP, rel. Min. Cezar Peluso, 20.2.2008. (HC-87926)**

[19] A Turma indeferiu HC em que denunciado — a partir de investigações procedidas na denominada "Operação Anaconda" — pela suposta prática do crime de corrupção ativa (CP, art. 333) pleiteava a nulidade de procedimento que tramitara perante o TRF da 3ª Região, sob o argumento de ofensa ao princípio do promotor natural (CF, artigos 5º, LIII; 127, § 1º e 128, § 5º, b), bem como de violação a regras contidas no CPP e em portarias da PGR da respectiva região. Inicialmente, asseverou-se que, conforme a doutrina, o princípio do promotor natural representa a impossibilidade de alguém ser processado senão pelo órgão de atuação do Ministério Público dotado de amplas garantias pessoais e institucionais, de absoluta independência e liberdade de convicção, com atribuições previamente fixadas e conhecidas. Entretanto, enfatizou-se que o STF, por maioria de votos, refutara a tese de sua existência (HC 67759/RJ, DJU de 1º.7.93) no ordenamento jurídico brasileiro, orientação essa confirmada, posteriormente, na apreciação do HC 84468/ES (DJU de 20.2.2006). Considerou-se que, mesmo que eventualmente acolhido o mencionado princípio, no presente caso não teria ocorrido sua transgressão. HC 90277/DF, rel. Min. Ellen Gracie, 17.6.2008. (HC-90277)

assinar determinados projetos de resolução para disciplinar, assuntos internos a serem submetidos aos colegiados competentes, ou ainda, sugerir projetos de lei complementar tratando das atribuições, do regime jurídico e da organização do Ministério Público, a serem encaminhados ao legislativo.

A previsão de que o Ministério Público possa ingressar em juízo sem a necessidade de advogado para defender seus próprios interesses, reflexo de sua autonomia no desempenho da atividade-meio, seja como autor ou através da intervenção de terceiros para figurar ao lado do estado réu demandado por ato praticado pelo *parquet*, deve estar expressa nas legislações pertinentes, em especial, na lei nacional do Ministério Público. O mesmo deve ocorrer em relação a permissão da assistência simples pela Instituição ao membro que seja demandado individualmente em ação indenizatória em decorrência do ato praticado no desempenho de suas funções. Em todos os casos, representando a instituição deve estar o próprio Procurador-Geral, sendo ideal que tais previsões encontrem lugar na referida lei nacional que estabelece normas gerais para todos os Ministérios Públicos estaduais.

O desarquivamento dos inquéritos policiais e civis não pode ser subtraído do promotor natural, ficando restrito às decisões do Procurador-Geral em matéria criminal e do Conselho Superior do Ministério Público em material cível, em especial, coletiva. Apesar das previsões na legislação nacional e, no caso do MPRJ, na lei complementar específica, deve ser privilegiada a atuação do promotor com atribuição para a causa, sempre sendo cabível ao eventual prejudicado levar a questão em juízo para análise da efetiva justa causa e não apenas das chamadas novas provas.

A aplicação de sanções administrativas deve ficar a cargo de um colegiado, cabendo ao Corregedor apenas a função da apuração e ao Procurador-Geral de Justiça a missão de aplicação da penalidade previamente determinada pelo referido colegiado, isolando-se quem apura de quem julga e de quem aplica a sanção, no maior respeito possível ao devido processo legal.

A autonomia que circunda os ramos do Ministério Público, apesar de ser uma característica fundamental da independência da Instituição, provoca, por outro lado, um efeito colateral que precisa ser remediado. Há um evidente isolamento entre os diversos ramos do *parquet* nacional que poderiam alcançar mais sucesso se diminuíssem a distância que os cerca. A idéia de um Ministério Público nacional e unitário[20] exige um esforço de aproximação entre os variados ramos do *parquet* que existem em nosso estado federado. A saída do isolacionismo é fundamental para fortalecer o *parquet* nacional e aumentar o seu poder de influência junto aos poderes da República. Algumas medidas que vêm sendo adotadas no âmbito do CNPG parecem estar frutificando, ainda mais, depois do recente convênio estabelecido com o CNMP para o desenvolvimento tecnológico[21], o que talvez se transforme na porta da integração pragmática entre os mais diversos ramos do *parquet* nacional. A unidade e o caráter nacional existem naturalmente em razão da atividade-fim, pois, qualquer que seja o ramo do MP, estará vinculado à defesa da ordem jurídica do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Entretanto, em se tratando de atividade-meio ou mesmo de ações coordenadas na atividade-fim, é preciso avançar.

Uma decorrência do referido isolamento entre os diversos ramos do *parquet*, se verifica diante da má utilização da verba pública através da contratação de serviços que poderiam ser fornecidos gratuitamente por outro MP que já dispusesse da facilidade. Melhor do que isso, seria possível imaginar uma divisão de tarefas entre os variados ramos do *parquet*, cabendo a cada um o desenvolvimento de determinadas atividades para posterior fornecimento gratuito aos demais, evitando a redundância e economizando recursos, afinal, tanto o MP do Amazonas quanto o MP do Rio Grande do Sul possuem em algum grau, necessidades similares.

Ainda na área administrativa, o Ministério Público precisa evoluir para funcionar como uma entidade empresarial. Para gerir o orçamento de que dispõe e diante das possibilidades concretas de recebimento de verbas

---

[20] **7. Respostas aos quesitos da Consulta - Ao 1º quesito** - "O MP brasileiro tem caráter nacional e unitário?"
Resposta: Sim, sem nenhuma dúvida. (...) Se é essencial à função jurisdicional e se esta é nacional, como se reconhece pacificamente na doutrina, então, só por aí já se teria que tal instituição só poderia ter caráter nacional e unitário, até sem necessidade de outros fundamentos. Mas o que confere, substancialmente, *caráter nacional e unitário* ao Ministério Público é sua estruturação constitucional nos termos do art. 128 da Constituição que trata todos os Ministérios Públicos enumerados nos seus incisos e alíneas como uma *instituição única*, ao afirmar que 'O *Ministério Público* abrange[...].A inclusão dos Ministérios Públicos dos Estados no "Ministério Público" revela que a Constituição quis configurar uma *Instituição única de caráter nacional*, tanto quanto a doutrina reconhece que a inclusão dos Tribunais e Juízes dos Estados *no Poder Judiciário* configurado no art. 92 da Constituição revela o caráter nacional desse Poder. Não há diferença, entre as duas instituições, na sua configuração constitucional. Aliás, o Ministro Eros Grau na decisão concessiva de medida liminar que proferiu, no Mandado de Segurança 26153/DF, reconheceu expressão o Ministério Público como *instituição nacional*, nos termos seguintes: "A EC n. 45/2004 consolidou o Ministério Público brasileiro como *instituição nacional* [g. n.], integrada pelo Ministério Público da União e pelos Ministérios Públicos dos Estados-membros"
É o meu parecer, s. m. j. São Paulo, 16 de março de 2007. **JOSÉ AFONSO DA SILVA OAB/SP 13 417**

[21] Conselho cria comitê para políticas de tecnologia da informação do MP
Terminou hoje, 12 de novembro, o *Encontro Nacional de Integração Tecnológica do Ministério Público*, evento que reuniu em Brasília membros e servidores ligados à área de informática de todas as unidades do MP, para discutir parâmetros de controle administrativo e integração tecnológica no Ministério Público. Um dos resultados do encontro foi a criação do Comitê de Políticas de Tecnologia da Informação do Ministério Público. O objetivo do Comitê é promover a uniformização e a integração no direcionamento tecnológico dos Ministérios Públicos da União e dos Estados.

d) o horário de funcionamento da promotoria de justiça;

e) o tempo de espera previsto para o atendimento;

f) os prazos em que os serviços devem ser cumpridos;

g) capacitar os servidores responsáveis pelo atendimento;

6. utilizar uma forma padrão para a identificação dos servidores, no local de atendimento (crachá), ao telefone e nos documentos fornecidos aos usuários;

7. exibir, em suas dependências, sinalização visual inequívoca para possibilitar aos usuários a pronta localização:

a) da seção onde obter um serviço determinado;

b) da área reservada para aguardar o atendimento;

c) dos serviços de apoio, como sanitários, bebedouros, telefone público etc.

8. estabelecer padrões de conforto aos usuários durante a sua permanência nos locais de atendimento, que garantam a disponibilidade de:

a) espaços mínimos para a circulação de pessoas;

b) luminosidade e temperatura ambiente adequadas;

c) instalações sanitárias acessíveis e limpas;

d) água potável;

e) telefone público;

f) móveis cômodos;

g) condições para o ingresso e a circulação de pessoas com dificuldade de locomoção e a existência de sanitários adaptados.

9. informar os seus usuários e toda a comunidade a respeito dos padrões de qualidade do atendimento definidos, por meio de instrumentos de divulgação – cartilhas, manuais, folhetos, cartazes, painéis – e de campanha de mídia;

10. adotar uma linguagem simples e clara em toda e qualquer forma de comunicação com os usuários, inclusive na divulgação dos resultados das avaliações do desempenho do Ministério Público frente aos padrões de qualidade do atendimento;

11. comparar os padrões de qualidade estabelecidos com padrões de outras organizações da esfera pública ou privada, nacionais ou internacionais, escolhidos como referenciais de excelência;

12. submeter os padrões fixados à apreciação dos usuários, para verificar o seu grau de adequação aos interesses dos usuários;

13. implantar programas de motivação e treinamento dos servidores que trabalham no atendimento ao público, visando aumentar a sua capacidade de efetivar os padrões de qualidade fixados;

14. implantar programas de valorização do mérito profissional dos servidores, através da instituição de prêmios de excelência em serviços;

15. criação de um banco de dados nas promotoria de justiça, onde sejam cadastrados os dados de identificação do cliente/usuário, a reclamação e o procedimento a ser adotado, visando assim, controlar o tempo e a qualidade do serviço prestado ao cidadão;

16. adoção de rotinas de procedimento em atendimento ao público a ser seguida por todas as promotorias de justiça.

BIBLIOGRAFIA

ALVES, A B.; GASQUEZ RUFINO, A.; FRANCO DA SILVA, J.A. (Orgs). **Funções institucionais do Ministério Público.** São Paulo: Saraiva, 2001.

CAMARGO FERRAZ, A. A. M. de (Org.). **Ministério Público instituição e processo.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional.** 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

DINIZ, M. H. **Dicionário jurídico.** São Paulo: Saraiva, 1998.

GONÇALVES, E. S. **O Ministério Público no estado democrático de direito**. Fortaleza: ABC, 2000.

MANCUSO, R. C. **Ação civil pública**. 2. ed. rev. e amp. São Paulo: RT, 1992.

MAZZILLI, H. N. **Manual do promotor de justiça**. 2. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. **O acesso à justiça e o Ministério Público**. 4. ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **O inquérito civil : investigações do Ministério Público compromissos de ajustamento e audiências públicas.** São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Regime jurídico do Ministério Público**.3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1996.

Menezes Vigliar, R. P. (Org). **Ministério Público II democracia.** São Paulo: Atlas, 1999.

PACELLI, M. Mordaça de novo. **Revista Veja.** São Paulo: Abril. n. 1500, ano 34, p. 47-48, jan. 2001.

SAUWEN FILHO, J. F. **Ministério Público brasileiro e o estado democrático de direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

Realização

CONAMP
Associação Nacional dos Membros do Ministério Público

acmp 50 anos

Patrocínio

CAIXA

CORREIOS

Eletrobrás

BANCO DO BRASIL

BRASIL UM PAÍS DE TODOS GOVERNO FEDERAL

CNA Brasil
Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil

SOUZA CRUZ

FAESP

SENAR SÃO PAULO

CNI SESI SENAI IEL
CNI
Confederação Nacional da Indústria

magister Editora

Apoio

MPSC
Estado de Santa Catarina
MINISTÉRIO PÚBLICO

FUNTURISMO

SECRETARIA DE ESTADO DE TURISMO, CULTURA E ESPORTE
WWW.SOL.SC.GOV.BR

Governo do Estado
SANTA CATARINA

Tractebel Energia
GDF SUEZ

Eacel

ArcelorMittal

bhpbilliton
resourcing the future

Softplan
Poligraph

SAJ

Koerich
IMOBILIÁRIA

ITAIPU
BINACIONAL

FIESC

LPC
Tecnologia Ambiental

Unimed
Grande Florianópolis

PREFEITURA MUNICIPAL DE FLORIANÓPOLIS

Apoio Institucional

FLORIANÓPOLIS e REGIÃO
Convention & Visitors Bureau

Agência Oficial de Turismo

ACORIANA TURISMO

Companhia Aérea Oficial

TAM

Organização

attitude promo
MARKETING E EVENTOS

ISBN 978-85-85275-19-8